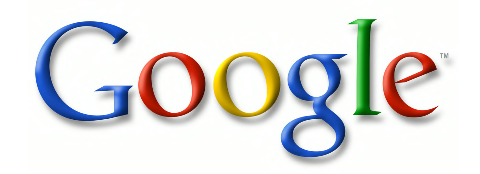
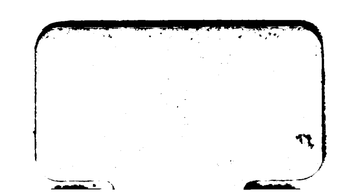




HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 790 216

U.



Handeln auf eigene Gefahr.

Ein Beitrag
zur Lehre vom Schadenersatz.

Von

Dr. Joseph Unger
Präsident des Reichsgerichts in Wien.

Dritte unveränderte Auflage.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1904.

Dem Andenken

an

Rudolph von Ihering.

Mors omnibus ex natura
aequalis oblivione apud posteros
aut gloria distinguitur.
Tacitus.

Vorwort.

Die vorliegende Abhandlung ist zuerst in den dogmatischen Jahrbüchern (Bd. 30 Nr. 6) erschienen und zugleich als Sonderabdruck ausgegeben worden.

Ich habe seither das darin behandelte Thema nach verschiedenen Richtungen hin weiter verfolgt und glaube keinen wichtigeren Fall, welcher in diese Kategorie gehört, übersehen zu haben.

Auch bei dieser dritten Auflage habe ich auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich in erster und nunmehr (Buch I und II) in zweiter Lesung stete und sorgfältige Rücksicht genommen, da ich der Ueberzeugung bin, daß die Beschäftigung mit demselben zur Zeit die wichtigste Aufgabe der deutschen Jurisprudenz bildet.

Der deutsche Entwurf hat bei der zweiten Lesung eine sehr erhebliche und erfreuliche Verbesserung erfahren, sowohl in Ansehung des Inhalts als der Form. Es ist nunmehr die begründete Hoffnung vorhanden, daß das deutsche Gesetzbuch schließlich in einer Gestalt zu Stande kommen wird, in welcher dasselbe dem Bildungsstande der Nation, den Bedürfnissen des Lebens und den Anforderungen der Wissenschaft Genüge zu leisten vermag.

Gleichwohl fehlt es auch jetzt nicht an so manchen Bestimmungen, welche mehr oder weniger verfehlt oder bedenklich

sind und welche es benöthigen oder verdienen, in nochmalige sorgfältige Erwägung gezogen zu werden.

Indem ich einige dieser Bestimmungen in der vorliegenden Abhandlung einer kritischen und freimüthigen Besprechung unterzogen habe, bin ich nach wie vor des Ausspruchs des tiefen Denkers „über den philosophischen Aufbau des Krieges", des größten deutschen Schriftstellers de re militari eingedenk geblieben: „Die Kritik ist bloß da, um die Wahrheit zu erkennen, nicht aber um ein Richteramt zu üben" (Clausewitz Werke Bd. 8 S. 94).

Ich war leider nicht in der Lage, mir die Protokolle der zweiten Lesung zu verschaffen. Ich habe mich daher in Ansehung der Begründung der von der zweiten Berathungscommission gefaßten Beschlüsse an die dankenswerthen Berichte gehalten, welche in den von Rassow, Küntzel und Eccius herausgegebenen „Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts" Bd. 35. 36. 37 (in der vorliegenden Abhandlung als Beiträge I. II. III. angeführt) und in Conrads's Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik Bd. 56. 57. 58. 59. 60 (hier als Jahrb. I. II. III. IV. V. angeführt) erstattet worden sind.

Daß ich die Gelegenheit benutzt habe, hin und wieder eine Frage des österreichischen Rechts etwas ausführlicher zu besprechen, wird dem österreichischen Schriftsteller wohl nicht verargt werden, wie ich vielleicht auch hoffen darf, daß wegen der Hypertrophie der Anmerkungen gütige Nachsicht geübt werden wird.

Wien im Juni 1893.

Einleitung.

Innerhalb der Sphäre des Privatrechts herrscht — etwa die Lehre vom Besitz ausgenommen — auf keinem Gebiete eine so lebhafte Bewegung der Geister wie auf jenem des Schadenersatzrechts. Es ist dies leicht begreiflich. Das Schadenersatzrecht ist in ganz besonderem Grade das Produkt und der Niederschlag der ethischen Ueberzeugungen sowie der socialen und wirthschaftlichen Verhältnisse einer bestimmten Culturepoche: eine Aenderung in jenen Anschauungen und Verhältnissen muß auch eine Wandlung des Schadenersatzrechts zur Folge haben. Soll nebst dem vermögensrechtlichen Schaden auch der sog. ideelle (moralische) Schaden vergütet werden[1])? Soll bei Beimessung des Schadenersatzes[2]) die Art und Größe des

1) Der deutsche Entwurf I §. 221. II §. 216 läßt in der Regel (Ausnahmen: Entw. I §§. 721. 728. 734—736; Entw. II §. 295. §. 770 vgl. auch §. 765) nur den Vermögensschaden ersetzen. Vgl. Motive II S. 21 fg. Beitr. II S. 860. 861. Jahrb. II S. 859. III S. 733. IV. S. 61. 62. Die verschiedenen Meinungen über dieses in legislativer Hinsicht schwierige Problem referirt die Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines bürg. Gesetzb., gefertigt im Reichs-Justizamt II S. 21 fg. VI S. 262 fg. (Diese werthvolle und dankenswerthe Arbeit wird weiterhin kurzweg als „Zusammenstellung" angeführt werden.)

2) So richtig und treffend auch in terminologischer Beziehung die Ausführungen von Degenkolb im civ. Archiv LXXVI S. 1 fg. 80 fg. sind, so wird man sich doch wohl darüber hinwegsetzen dürfen, daß der deutsche Entw. I §. 219. II §. 213 in herkömmlicher Weise den Aus-

Verschuldens berücksichtigt werden und soll diese Berücksichtigung durch eine allgemein durchgreifende Vorschrift des Gesetzes mittelst mechanischer Abstufung erfolgen oder dem Ermessen des Richters im einzelnen Falle überlassen werden[3])?

druck „Schadenersatz“ in dem weiteren Sinn nimmt, in welchem er Ausgleichung (Beseitigung, Vergütung, Besserung) des Schadens bedeutet und die beiden Unterarten: Naturalherstellung und Geldersatz (Schadenersatz im engeren und eigentlichen Sinne) in sich begreift. Auch das österr. bürg. Gesetzb. nimmt im §. 1323, welcher die sedes materiae ist, den Ausdruck „Schadenersatz“ in jenem weiteren Sinn, während es in §. 346 und ebenso in §. 1038 in correcter Weise „Zurücksetzung in den vorigen Stand“ und „Schadloshaltung“ unterscheidet. (Vgl. Unger in Haimerl's Vierteljahrsschr. XIV 1864 S. 111 fg., wo bereits hervorgehoben ist, daß Schaden im juristischen Sinne nur der Vermögensschaden, damnum pecuniarium, ist, und daß die Behebung desselben „durch specifische Wiederherstellung des vorigen Standes oder durch Wiederherstellung dem Werthe nach“ erfolgt.) Auch das schweizer. Bundesges. über Obl. R. Art. 51 überläßt die Bestimmung der „Art und Größe des Schadenersatzes“ dem richterlichen Ermessen (vgl. Schneider Comment. 3. Aufl. S. 128). Vgl. auch Bähr Gegenentwurf §. 212. — Die Bestimmung des § 213 Entw. II (Beitr. II S. 859 Jahrb. II S. 859) über das Eventualverhältniß von Herstellung in Natur und Ersatz in Geld enthält zwar eine erhebliche Verbesserung gegenüber §. 219 Entw. I (vgl. darüber Degenkolb S. 41 fg. 65 fg. 81 fg. Zusammenstellung II S. 20. VI S. 252 fg.), ist aber gleichwohl viel zu schwerfällig und umständlich und trägt, wie so manche Bestimmung des Entwurfs (insbes. in erster Lesung), mehr die Natur eines Reglements als den Charakter einer Rechtsnorm an sich. Die schlichte Bestimmung des § 1323 österr. bürg. Gesetzb., wonach Geldersatz einzutreten hat, wenn Naturalrestitution „unthunlich“ erscheint, und somit dem richterlichen Ermessen ebenso wie in Art. 51 schweiz. Bundesges. die Entscheidung im concreten Fall anheim gegeben ist (Degenkolb S. 42 Note 70. S. 85 fg.), hat sich in achtzigjähriger Praxis vollkommen bewährt. So auch Bähr Gegenentwurf §. 212.

3) Die zweite Berathungscommission hätte sicherlich allgemeinen Dank gefunden, wenn sie sich entschlossen hätte, der von vielen Seiten (Zusammenstellung II S. 17 fg. VI S. 252) gegebenen Anregung Folge zu leisten und nach dem Vorbild des schweizer. Bundesges. Art. 51 in den § 214 (Entw. I § 218) eine Bestimmung aufzunehmen, wonach bei Bemessung des Schadenersatzes der Richter auf Art und Größe des subjectiven Verschuldens des Ersatzpflichtigen Rücksicht zu nehmen hat. Trotz

Welchen Einfluß soll das concurrirende Verschulden des Beschädigten haben[4])? Diese und andere Fragen werden zu verschiedenen Zeiten unter verschiedenen Einflüssen verschieden beantwortet werden.

---

dieses Mangels wird jedoch die von Jhering (Schuldmoment S. 54 fg. Vermischte Schriften S. 215 fg.) postulirte und besonders von Hartmann (im civ. Arch. LXXIII S. 359 fg.) und Degenkolb (S. 78 fg.) urgirte Proportionalität zwischen Verschulden und Ersatz dennoch zu praktischer Verwirklichung gelangen können, wenn der Richter von der ihm im §. 260 CPO. eingeräumten freien Beweiswürdigung entsprechenden Gebrauch zu machen weiß. Denn, wie Degenkolb (S. 87) treffend bemerkt: „wo freirichterliche Ueberzeugung im Schadenproceß, da Billigkeitsrecht in der Ersatzbemessung". Immerhin hat bei der zweiten Lesung des Entwurfs eine Verbesserung stattgefunden, indem die Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit auf den vorhersehbaren Schaden beschränkt wurde (§ 215; vgl. Beitr. II S. 858. Jahrb. II S. 858); doch sollte dies nicht auch im Fall von Dolus gelten (vgl. Art. 1150 Cod. civ.).

4) Ob §. 222 Entw. I (Zusammenstellung II S. 23. VI S. 265) in der Fassung des § 217 Entw. II (Beitr. II S. 861. Jahrb. II S. 859. 860) durchweg eine „Verbesserung" erfahren hat, ist mir sehr zweifelhaft: viel einfacher und schlichter lautet, wie auch sonst, das schweizer. Bundesgef. Art. 51 Abs. 2 (vgl. dazu Schneider Comment. 3. Aufl. S. 130 fg.). — Ueber sog. Compensation der Culpa (welche im englisch-amerikanischen Recht als sog. contributory negligence eine große Rolle spielt) vgl. jetzt Wendt in den dogm. Jahrb. XXXI Nr. 3 insbes. S. 165 fg. Auch nach der salomonischen Vorschrift des österr. Rechts (§ 1304 a. b. G. B.) kommt es in erster Linie auf sorgfältige Abwägung des beiderseitigen Verschuldens im gegebenen Falle an, wie sich dies auch aus den Protokollen herausgeg. von Ofner II S. 188. 189 deutlich ergiebt, so daß nur dann, wenn ein Ueberwiegen des Verschuldens des einen Theils sich nicht constatiren läßt, der Schaden von beiden Theilen gleichmäßig zu tragen ist. Gegen die in der Praxis regelmäßig beliebte rein mechanische Halbirung des Schadens in Fällen der Concurrenz von Verschulden vgl. die treffenden Ausführungen von Pfaff Gutachten S. 34 fg. insbes. S. 38, dem hierin auch Hasenöhrl Obl. R. II 1 S. 165 Note 130 beistimmt, der jedoch S. 164 Note 127 mit Unrecht meint, daß im Fall von Dolus des Beschädigers die „Repartirung des Schadens mehr (recte: ganz) zu Gunsten des Beschädigten auszufallen hat". Vgl. auch Schey Begriff und Wesen der mora creditoris (1884) S. 68 fg.

Von allen diesen Fragen bleibt aber doch immer die wichtigste: wer die Last des Schadens zu tragen hat: ob der zunächst vom Schaden Betroffene denselben endgültig zu erleiden hat, oder ob er den Schaden auf einen Andern abwälzen kann, der ihn zu ersetzen hat.

Die richtige Vertheilung der Schadenlast ist um so schwieriger, als, wie Degenkolb (im civ. Arch. LXXVI S. 74) treffend bemerkt, das Problem der Schadentragung sich weder mit formalrechtlichen Kategorien bezwingen, noch auf dem Wege deducirender juristischer Logik lösen läßt, sondern ein sociales wirthschaftliches und ethisches Problem ist.

Freilich darüber wird kein Zweifel sein, daß derjenige, der Schaden durch sein Verschulden verursacht, denselben tragen muß. Aber ebenso gewiß ist es, daß es unter Umständen aus Gründen der Gerechtigkeit, der Billigkeit oder der Zweckmäßigkeit (utilitas) geboten sein kann, jemandem die Last des Schadens aufzubürden, der an der Herbeiführung desselben unschuldig ist[5].

---

5) Den Satz: „ohne Schuld keine Verantwortlichkeit" (damnum ex culpa fit L. pr. D. de O. et A. 44.7) habe ich (in Grünhut's Zeitschrift VIII S. 238. 239) nur in Ansehung rechtswidriger Handlungen und in Beschränkung darauf ausgesprochen: ohne Schuld kein Delikt, ohne Zurechnungsfähigkeit keine Deliktsfähigkeit. Eine ganz andere Frage ist es dagegen, ob nicht auch aus einem Verhalten, welches kein rechtswidriges ist, unter Umständen eine civilrechtliche Verantwortlichkeit entsteht. Das Problem der Ersatzpflicht ohne Verschulden (damnum sine culpa fit) ist bekanntlich bereits von verschiedenen Seiten her in Angriff genommen worden: vgl. insbes. die ideenreichen Ausführungen von Merkel Encyklopädie §§. 664—683. Vielfache Anregung und Förderung gewährt auch in dieser Beziehung das auf ernster und tiefer Gedankenarbeit beruhende Werk von Binding Die Normen und ihre Uebertretung I (2. Aufl. 1890): mit der juristischen Construction (S. 459 fg.) und dem Endergebniß (S. 471 fg.) vermag ich mich jedoch nicht zu befreunden. Vgl. dazu auch Wach im Gerichtssaal 1873 S. 460 fg. Merkel in D. L. Z. 1890 Nr. 45. — Vgl. ferner Pfaff Gutachten S. 9 fg. Strohal Gut-

In welchen Fällen und aus welchem Grunde[6]) im einzelnen typischen Fall soll nun eine solche Verantwortlichkeit ohne Schuld, eine Ersatzpflicht trotz mangelnder Culpa eintreten? Das Problem ist somit dieses: Wenn aus einer vorwurfsfreien Handlung nachtheilige Folgen für einen Andern entstehen, soll der schuldlos Betroffene oder der schuldlos Handelnde dieselben tragen? Mit anderen Worten: Auf wessen Gefahr soll (in gewissen Fällen) das schuldlose Handeln stattfinden? Soll der vorwurfsfrei Handelnde (in gewissen Fällen) auf eigene Gefahr (suo periculo) oder auf Gefahr Dritter (alieno periculo) handeln?

In der vorliegenden Abhandlung versuche ich es, wenngleich in unvollkommener und unvollständiger Weise, einen Beitrag zur Lösung dieses schwierigen und umfassenden Problems zu liefern, und nehme hierbei insbesondere auf die Bestimmungen des deutschen Entwurfs Rücksicht.

achten S. 146 fg. Steinbach Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden (1888) S. 19 fg.

6) In neuerer Zeit hat man einen allgemeinen und durchgreifenden Grund für die Ersatzpflicht des schuldlosen Urhebers eines Schadens in dem Argumente finden zu können geglaubt, daß der Geschädigte doch noch viel unschuldiger sei als jener. Dieses Paradoxon, welches, wenn ich nicht irre, zuerst von Bähr in den dogmat. Jahrb. XIV S. 407 gelegentlich ausgesprochen wurde, hat vielfach Anklang gefunden, so selbst bei Binding Normen I S. 472 und bei Gierke Der Entwurf S. 167. Die sociale Aufgabe des Privatrechts (1889) S. 33. Allein dieses Argument, welches auch Ebbeke in den dogmat. Jahrb. XXVII S. 329 wieder vorbringt, ist unstichhaltig. Denn, wie schon Planck im civ. Arch. LXXV S. 390 mit Recht bemerkt hat, kann zwar die Schuld verschiedene Grade haben, nicht aber die Unschuld: man ist schuldlos, oder man ist es nicht. So wenig wie die Wahrheit, kennt die Unschuld einen Comparativ. Befinden sich hiernach der Urheber des Schadens und der davon Betroffene in Ansehung der Schuldlosigkeit in ganz gleicher Lage, so bedarf es immer noch eines besonderen specifischen Grundes, welcher den Ausschlag dafür giebt, daß Jener Diesem die Schadenlast abzunehmen hat.

I.

Eingriffe in eine fremde Rechtssphäre sind in der Regel rechtswidrig und unerlaubt. In manchen Fällen besteht jedoch ein schutzwürdiges und namentlich vom Standpunkte des Gemeinwohls aus gerechtfertigtes Interesse, in die Rechtssphäre eines Andern einzugreifen, während dieser ein berechtigtes Interesse hat, den Eingriff abzuwehren. Diese einander widerstreitenden Interessen können nun dadurch ausgeglichen werden, daß das Recht einerseits die Befugniß zum Eingriff gewährt, jedoch andererseits daran zugleich die Verpflichtung knüpft, den aus der Ausübung derselben entstehenden Schaden zu tragen. Diese Vertheilung der Schadenlast ist somit ein Werk der ausgleichenden Gerechtigkeit.

Das Eigenthümliche dieser Gruppe von Fällen besteht in Folgendem. Einerseits wird eine Handlung, die an sich unrechtmäßig und unerlaubt ist, dennoch vom Rechte gestattet und dadurch zu einer rechtmäßigen und erlaubten: der vom Rechte, wenngleich nur gegen Entschädigung, gestattete Eingriff ist kein Delikt[1]). Andererseits ist die Befugniß zum Eingriff,

1) Jede Handlung, welche ein Delikt ist, macht ersatzpflichtig, aber nicht umgekehrt ist jede Handlung, welche ersatzpflichtig macht, ein Delikt: in den vorliegenden Fällen findet Ersatzpflicht ex lege statt. Vgl. Tuhr in der Note 5 angef. Schrift S. 109 Note 1 S. 116 fg. Richtig Krainz-Pfaff System des österr. Privatr. I S. 404. Hasenöhrl Oesterr. Obl R. II 1 S. 145. 146. Vgl. jedoch auch Binding Die Normen I (2. Aufl.) S. 306 fg. 460 fg.

da sie contra rationem juris aus Utilitätsgründen eingeräumt wird, schlechthin mit der Pflicht der Schadentragung beschwert. Die vagen, in ihrer Allgemeinheit verfänglichen Parömien: qui jure suo utitur, neminem laedit; nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet; juris executio non habet injuriam (L. 55. 151 D. de R. J. 50. 17 L. 13 §. 1 D. de injur. 47. 10) finden daher hier keine Anwendung, sondern verkehren sich vielmehr in ihr Gegentheil[2]).

Diese gegen Entschädigung erlaubten Eingriffe in die fremde Rechtssphäre sind theils öffentlichrechtlicher Natur, wie die Expropriation[3]) und die Vernichtung gemeinschädlicher

2) Vgl. die verdienstvollen Ausführungen von Pfaff Gutachten S. 39 fg. und dazu Unger in Grünhut's Zeitschr. XIII S. 727 fg.

3) Die herrschende Lehre sieht mit Recht, insbesondere seit den Ausführungen von Laband (im civ. Arch. LII S. 169 fg.), in der Expropriation eine Entziehung des Eigenthumsrechts auf Grund des staatlichen Herrschaftsrechtes unter Auferlegung der Verpflichtung zur Entschädigung. Dagegen hält Eger Enteignung von Grundeigenthum (1887) S. 23 fg. an der älteren (in das preußische Landr. I 11 §§ 4 fg. übergegangenen) unhaltbaren Theorie vom Zwangsverkauf fest (ebenso Holland General Jurisprudence 5. edit. p. 216); vgl. dawider Gierke in der D. L. Z. 1890 Nr. 12. — Das Enteignungsrecht steht ausschließlich dem Staate kraft des jus eminens zu, der jedoch die Ausübung desselben im Delegationswege übertragen kann. (So wird in §. 1 vergl. § 34 des österr. Ges. v. 11. Febr. 1893 R. G. Bl. Nr. 22 der Stadtgemeinde Prag zu Assanirungszwecken das Enteignungsrecht auf 10 Jahre eingeräumt). Gänzlich verschieden hiervon ist der sog. Expropriationsanspruch: dies ist jedoch nicht etwa eine von der Verwaltungsbehörde anerkannte oder eingeräumte Berechtigung des Unternehmers eines gemeinnützigen Werkes zur Expropriation, sondern ein publicistischer Anspruch desselben gegen den Staat auf Ausübung des staatlichen Enteignungsrechtes zu seinen Gunsten. Dies wird häufig verkannt. So z. B. von Randa Eigenthumsr. I (zweite eben im Erscheinen begriffene Auflage, deren Aushängebogen mir durch die Güte des Herrn Verfassers zugekommen sind) S. 162 fg., dessen Darstellung mit den richtigen Ausführungen auf S. 194 fg. in Widerspruch steht. Ebenso spricht Dernburg Preuß. Privatr. I §. 34 von der „Verleihung des höchstpersönlichen Expropriationsrechts“ an Cor-

Objekte[4]), theils von privatrechtlicher Beschaffenheit. Eingriffe der letzteren Art gestattet schon das römische Recht theils ratione religionis aut libertatis, theils aus wirtschaftlichen Gründen[5]). Im heutigen Recht ist in Folge der Vermehrung der wirthschaftlichen Interessen und der Steigerung des Verkehrslebens die Anzahl dieser Fälle eine große[6]).

---

porationen und Einzelne. Verfehlt ist auch die Ausdrucksweise in §. 1 des österr. Ges. v. 18. Febr. 1878 (R. G. Bl. Nr. 30), wonach jedem Eisenbahnunternehmen, dessen Gemeinnützigkeit von der staatlichen Verwaltungsbehörde anerkannt ist, „die Ausübung des Enteignungsrechts zusteht": das Eisenbahnunternehmen kann vielmehr nur von der Staatsgewalt verlangen, daß dieselbe von dem ihr allein zustehenden Enteignungsrechte zu seinen Gunsten Gebrauch mache (vgl. §§. 35 fg. des angef. Gesetzes). Der Unternehmer hat unter gewissen Voraussetzungen einen Anspruch auf Expropriation, das Recht zur Expropriation dagegen steht lediglich dem Staate zu: das Recht, die Expropriation zu begehren, und das Recht, die Expropriation vorzunehmen, sind zwei verschiedene Dinge Vgl. auch Pražak Recht der Enteignung S. 63 fg. In §. 1 Abs. 2 des (in vieler Beziehung ungenau und mangelhaft abgefaßten) österr. Ges. v. 11. Febr. 1893 (R. G. Bl. Nr. 22) wird richtig gesagt, daß einem Unternehmer das Recht „die Enteignung zu begehren" übertragen werden kann, während im Abs. 3 mit Unrecht wieder von einer Uebertragung „des Enteignungsrechts an eine andere Person" gesprochen wird. — Aus den Ausführungen zu Note 1 ergiebt sich von selbst, daß in der vom objektiven Recht gestatteten Expropriation nicht etwa eine Rechtsverletzung (ein Delikt) liegt. Vgl. Sarwey Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege (1880) S. 374. 735 (vgl. über dieses Werk Lemayr in Grünhut's Zeitschr. VIII S. 748 fg.).

4) In solchen Fällen (z. B. Tödtung kranker Thiere, Ausrottung kranker Weinpflanzungen) ist der Eingriff nicht nur erlaubt (rechtmäßig), sondern geboten (pflichtmäßig).

5) Vgl. die tüchtige Habilitationsschrift von Tuhr Der Nothstand im Civilrecht (1888) S. 78 fg. 98 fg. 116 fg.

6) Eine Sammlung derselben findet sich bei Binding Normen I S. 307 Note 10. Auch das österr. Recht kennt viele solche Fälle, so z. B. Forstges. v. 3. Dez. 1852 §§. 24. 26. 34. 39. Bergges. v. 23. Mai 1854 §§. 26 fg. 84. 98 fg. 127. Wasserrechtsges. v. 30. Mai 1869 §§. 9. 15. 19. Enteignungsges. v. 18. Febr. 1878 (R. G. Bl. Nr. 30) §. 42 u. dgl. m.

Einer der wichtigsten Fälle dieser Art ist die Concessionirung[7]) einer mit Gefahren und Nachtheilen für die Nachbarn verbundenen gewerblichen Anlage oder Unternehmung: die Nachbarn müssen sich dieselbe gefallen lassen und können die actio negatoria nicht anstellen, sie haben aber dagegen Anspruch auf Ersatz alles wenngleich unverschuldet entstandenen Schadens (vgl. §. 26 Reichsgewerbeordn. v. 21. Juni 1869). Ich erlaube mir, in dieser Beziehung eine früher (in Grünhut's Zeitschr. XIII S. 729) gemachte Ausführung zu reproduzieren[8]): „Wer eine gewerbliche Anlage errichtet, wer eine

7) Vgl. jedoch über diese Ausdrucksweise Rehm Die rechtliche Natur der Gewerbsconcession (1889) S. 80. 81. Für die öffentlichrechtliche Natur concessionirter Rechte G. Meyer in Stengel's Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts I S. 841. 842 (mit zutreffender Motivirung) und Pražak Wasserrechtliche Competenzen S. 24. 25 (mit unbefriedigender Begründung), wogegen Jellinek System der subjectiven öffentlichen Rechte S. 62. 63 (wohl mit Unrecht) dieselben für privatrechtlicher Art erklärt, weil sie „nur im Privatinteresse constituirt sind".

8) Die in dieser Abhandlung (Grünhut's Zeitschr. XIII S. 715 fg.) aufgestellte Theorie des österr. Nachbarrechts, welche die Zustimmung von Steinbach Ersatz von Vermögensschäden S. 12 fg. gefunden hat, halte ich aufrecht gegen die Ausführungen von Randa Das österr. Wasserrecht (3. Aufl. 1891) S. 132 fg. Eigenthumsrecht I² S. 113 fg. 124 fg. Obwohl § 364 a. b. G. B. „Eingriffe in die Rechte eines Dritten" für unerlaubt erklärt, ohne zwischen unmittelbaren und mittelbaren Eingriffen (Einwirkungen) zu unterscheiden, meint Randa (Eigenthumsr. I² S. 115), daß unter „Eingriff" „offenbar (?) nur das positive Eingreifen in die fremde Rechtssphäre" verstanden werden kann und daß daher der Nachbar Belästigungen und Beschädigungen der ungewöhnlichsten und ärgsten Art durch Rauch, Staub, Uebelgeruch, Bodenerschütterung u. dgl. sich gefallen lassen muß. Dennoch soll allerdings ein „Eingriff in die fremde Besitz- oder Rechtssphäre" vorhanden sein, „wenn der Grundbesitzer dem Nachbarhause durch Abgrabung knapp an der Grenze oder durch Demolirung seines anstoßenden Hauses die Stütze (das Fundament) entzieht, da schon in der Existenz des ersteren Hauses mindestens thatsächlich eine Benutzung des nachbarlichen Grundes (Hauses) liegt" (Eigenthumsr. I² S. 118 Note 30a). Allein gerade in diesem Falle findet nicht eine

Fabrik oder eine Eisenbahn betreibt, hat dies auf eigene Gefahr zu thun, nicht auf die Gefahr der Umgebung[9]). Die Wirkung der Concession besteht nur darin, daß der Unter-

Einwirkung auf das Nachbargebiet durch „positives Eingreifen in die fremde Rechtssphäre", sondern ein facere in suo und nur eine Rückwirkung (mittelbare Einwirkung) auf das nachbarliche Grundstück statt, daher nach röm. Recht nicht die actio negatoria gewährt, sondern durch cautio damni infecti geholfen wird (L. 24 §. 12 D de damno inf. 39. 2. Burckhard Die cautio damni infecti S. 50 fg. 193 fg. 207 fg. 231 fg.). Nach der Motivirung Randa's dürfte der Grundeigenthümer auch die den Nachbarbrunnen speisenden Wasseradern auf seinem Grundstücke nicht abschneiden, da der Nachbar „mindestens thatsächlich" das fremde Grundstück „benützt" (vgl. dagen L. 24. §. 12. L. 26 D. cit. 39. 2). Es vermag ferner nur geringe Beruhigung zu gewähren, daß „gegen gefahrdrohende Handlungen, wie Steinbrechen, Luftverpestung, Schießübungen, Grundinfiltrirungen die Administrativbehörde prohibitiv und repressiv einschreiten wird" (Randa Eigenthumsr. I² S. 122 Note 34 a): ganz abgesehen davon, daß es im heutigen Rechtsstaate fraglich ist, ob und inwieweit in solchen Fälle polizeiliche Ingerenz zulässig ist, bleibt der Nachbar schutzlos in Ansehung solcher Eingriffe in seine Rechtssphäre, welche der Erlassung des polizeilichen Verbots vorhergegangen oder so beschaffen sind, daß sie zu einem solchen Verbot überhaupt nicht führen können.

9) Das Gleiche gilt in Ansehung der Bergbauunternehmer: sie haften den Grundeigenthümern unbedingt für den durch den Betrieb des Bergbaues verursachten Schaden. Vgl. Menzel in Grünhut's Zeitschr. XVIII S. 492 fg. und insbes. Frankl in der Zeitschr. f. Bergr. 1892 S. 1 fg. 22 fg. 31 fg. Zu demselben Resultat gelangt (auf krummen Wegen) Lederer Das österr. Bergschadenrecht (1893) S. 42 fg. 52 fg. Derselben Ansicht ist auch Randa Eigenthumsr. I² S. 127 Nr. 6, indem doch auch er in diesem Falle, unbekümmert um die Vorschrift des §. 1305 a. b. G. B., aus zwei Specialbestimmungen des Berggesetzes (§§. 84. 104) das allgemeine Princip der absoluten Ersatzpflicht für Bergschäden abstrahirt. — Desgleichen sind Besitzer eines Wasserwerks unbedingt verpflichtet, den Anrainern den Schaden zu ersetzen, welcher aus dem Betrieb desselben entsteht. Dies gilt nicht bloß für Böhmen (§. 89 des böhmischen Landesges. v. 28. Aug. 1870) und Steiermark (§. 19 Landesges. v. 18. Januar 1872), sondern trotz mangelnder landesgesetzlicher Bestimmung auch in den übrigen Kronländern. A. M. Randa Wasserrecht S. 61 fg, dem Pražak Wasserrechtliche Competenzfragen (1892) S. 114 Note 351 folgt.

nehmer berechtigt ist, das Unternehmen zu errichten und zu betreiben, obschon dasselbe mit Eingriffen in die Rechtssphäre der Nachbarn verbunden sein mag. Haben solche Eingriffe in Folge des noch so regelrechten und vorwurfsfreien Betriebes stattgefunden, so muß der Unternehmer dafür aufkommen und den verursachten Schaden ersetzen. Die Verwaltungsbehörde kann weder den Willen noch die Macht haben, den Unternehmer zu materiellen Privatrechtsverletzungen zu ermächtigen oder zu berechtigen. Die Autorisation zu einem gewerblichen Unternehmen enthält nicht die Autorisation zu ersatzfreier Schadenszufügung: die Concession ist kein Freibrief zu unverantwortlicher Schadenzufügung[10]. Genug daran, daß die Adjacenten sich das Unternehmen gefallen lassen müssen und nicht geradezu die Einstellung desselben begehren können, sondern hinterher von Fall zu Fall Schadenersatzprozesse führen müssen"[11].

10) Randa, der die Härte empfindet, welche sich aus seiner Theorie des Nachbarrechts für die Anrainer ergiebt, glaubt Aushülfe darin finden zu können, daß er es für die Aufgabe der concessionirenden Verwaltungsbehörde erklärt, den einsprucherhebenden Nachbarn Ersatzansprüche für den Fall vorzubehalten, daß trotz aller gebotenen Vorsichten Schäden aus dem Betrieb der Anlage entstehen sollten (Wasserr. S. 134 Eigenthumsr. I² S. 129). Allein woher soll die Administrativbehörde die Macht hierzu nehmen? Sie ist ja nicht in der Lage des römischen Prätor, der durch Auferlegung einer stipulatio ein selbständiges Klagerecht begründen konnte (L. 1 §. 2 D. de stip. praet. 46. 5). Wenn die Anrainer nicht kraft Rechtens (ipso jure) einen Anspruch auf Entschädigung haben, so vermag auch die concessionirende Administrativbehörde nicht, ihnen einen solchen zu verschaffen. Vergebens beruft sich Randa auf §. 26 der österr. Gewerbeordnung: denn hiernach hat die Behörde nur die „etwa nöthigen Bedingungen und Beschränkungen in Betreff der Einrichtung der Anlage", nicht aber Bedingungen der Errichtung derselben vorzuschreiben. Sonst könnte ja die Behörde die Bewilligung der Anlage auch an die Bedingung knüpfen, daß der Concessionswerber zu öffentlichen Zwecken jährlich eine bestimmte Summe beisteuere.

11) Vgl. auch Sourdat Traité de la responsabilité I no. 441 bis. p. 483 sq. II no. 1474. 1475 (p. 598. 599).

Aus dem deutschen Entwurfe gehören folgende Fälle hierher:

1. Recht auf einen Nothweg gegen Entschädigung mittelst einer Geldrente (I §. 863). Der Entwurf verkümmert jedoch dieses weit mehr auf deutschrechtlicher als auf römischrechtlicher Basis beruhende Recht [12]), indem er dasselbe an die Voraussetzung einer „unverschuldeten Zugangsnoth" knüpft (Motive III S. 291). Es wird hierbei nicht genügend berücksichtigt, daß der Nothweg nicht bloß zum Vortheile des nothleidenden Eigenthümers, sondern ebenso zum Vortheile der an der Benützung und Bewirthschaftung des Grundstücks interessirten Gesammtheit (pro communi utilitate) einzuräumen ist [13]).

2. Pflicht zur Duldung eines Grenzüberbaues gegen Schadloshaltung durch eine Geldrente (I §§. 857—860). So

12) Vgl. Stobbe Deutsch. Privatr. II §. 85 Nr. 1. Dernburg Pandekt I §. 253.

13) Vgl. Ihering Zweck im Recht I² S. 525. 526. Allerdings findet sich eine solche Beschränkung auch im preuß. Landr. I 22 §. 8 (vgl. Dernburg Preuß. Privatr. II §. 297) und im sächs. Gesetzb. §. 346; allein diese beiden Gesetzbücher lassen das Recht auf Einräumung eines Weges in einem viel weiteren Umfange zu als der deutsche Entwurf. Dagegen bestimmt das zürch. Gesetzbuch §§. 573. 575, daß der des Nothwegs bedürftige Eigenthümer auch im Falle sebstverschuldeter Nothlage Anspruch auf den Nothweg hat, jedoch zu doppelter Entschädigung des belasteten Nachbars verpflichtet ist; Bluntschli, Comment. II. S. 89 motivirt dies treffend damit, daß „ohnedem das Grundstück dem Genuß der Menschen überhaupt entfrembet würde". Die Ausstellungen, welche Gierke Der Entwurf S. 320 fg. macht, erscheinen mir daher als durchaus begründet und auch durch die Gegenbemerkungen von Krech in Bekker und Fischer's Beitr. Heft 14 S. 71 und Planck im civ. Arch. LXXV S. 413. 414 nicht widerlegt. (A. M. Randa Eigenthumsr. I² §. 5 Note 19). Vgl. Zusammenstellung III S. 134 fg.; ferner Cod. civ. art. 682. Bähr Gegenentwurf §§. 933. 934. Das österr. bürgerl. Gesetzb. enthält keine Bestimmung über die Pflicht zur Einräumung eines Nothwegs (wohl aber das Forstges. §. 24): die Angelegenheit gehört auf den Verwaltungsweg; vgl. Randa Eigentsumsr. I² S. 111. Krainz System II 1 §. 194 Note 1.

sehr diese Bestimmung, durch welche einem praktischen Bedürfnisse abgeholfen wird[14]), zu billigen ist, so wird ihr Werth doch dadurch wesentlich geschmälert, daß die Duldungspflicht des Grundeigenthümers schon durch geringe Fahrlässigkeit des bei der Bauführung die Grenze Ueberschreitenden ausgeschlossen ist und daß überdies die Beweislast in Ansehung der Schuldfrage nicht den Grundeigenthümer, sondern den Bauführer treffen soll (Motive III S. 284)[15]).

3. Recht des Zutritts auf ein fremdes Grundstück zum Zweck der Aufsuchung, Erlangung und Fortschaffung einer darauf befindlichen beweglichen Sache gegen Ersatz des hieraus entstehenden Schadens[16]) und gegen vorgängige Cautionsleistung (cautio damni infecti), falls ein solcher zu besorgen

14) Vgl. Jhering Zweck im Recht I² S. 528. 529. Lehmann in den dogm. Jahrb. XXIII S. 236 Note 1. Tuhr S. 98 fg.

15) Vgl. dagegen auch Bähr in der Krit. Viertelj. XXX S. 510. Gierke Der Entwurf S. 329. Zusammenstellung III S. 129 fg. — Ein anderes System (Expropriation zu Gunsten des Ueberbauenden) befolgt das preuß. Landr. I §§. 340—342 (vgl. Dernburg Preuß. Privatr. I §. 236 Nr. 2), versagt aber den Schutz dem Bauführer doch nur in dem Falle, wenn derselbe die genehmigte Baulinie aus Vorsatz oder grobem Versehen überschritten hat.

16) Vgl. L. 15 D. ad exhib. (10. 4). Demelius Exhibitionspflicht S. 181 fg. Nach römischem Recht hat bekanntlich der Besitzer des Grundstücks überdies ein Retentionsrecht an der res nocens und kann hierdurch zum Ersatz des durch die Sache selbst angerichteten Schadens (damnum jam factum) gelangen. L. 5 §. 4 D. ad exhib. (10. 4). L. 9 §. 2. 3. D. de damn. inf. (39. 2). L. 8 D. de incend. (47. 9). Vgl. Heise und Cropp Abhandl. I Nr. 20 S. 414 fg. Windscheid Pandekten II §. 461 und insbes. Burckhard Die cautio damni infecti S. 3 fg. 9 fg. 23 fg. Der deutsche Entwurf gewährt diese aus uralten Rechtsanschauungen über die Haftung der res nocens hervorgegangene Retentionsbefugniß (ob mit Recht?) nicht (Motive III S. 298. 299). Vgl. auch A. L. R. I 9 §§. 296. 297. Sourdat II no. 1473 (p. 597); dagegen jedoch Demolombe Cours de Code Napoléon XXXI p. 25. Im zürch. Gesetzb. §§. 1886. 1887, und im bayer. Entw. III Art. 971. 972 hat dagegen jenes Retentionsrecht Aufnahme gefunden. Vgl. auch Bähr Gegenentwurf §. 187.

ist (I §. 867)[17]. Ebenso darf der Eigenthümer eines Bienenschwarms denselben auf fremde Grundstücke und in fremde (nicht besetzte) „Bienenwohnungen"[18]) auf seine Gefahr verfolgen (§. 907)[19]) Das Zutrittsrecht auf eigene Gefahr muß aber auch dem Servitutsberechtigten gestattet sein, der auf dem dienenden Grundstücke eine Anlage zur Ausübung der Dienstbarkeit hält, zu deren ordnungsmäßiger Instandhaltung er verpflichtet und berechtigt ist[20]): es ist auffallend, daß der erste Entwurf, der in so übermäßiger Weise die Verweisung auf andere Paragraphen liebt, in §. 970 nicht eine Hinweisung auf §. 867 enthält.

4. Ausübung des Jagdrechts gegen Ersatz des Wildschadens (Entw. II §. 758. Jahrb. V S. 671 fg.)

5. Jus tollendi des Miethers gegen Ersatz resp. Sicherstellung des durch die Wegnahme einer Einrichtung nach Rückstellung des Miethobjekts entstehenden Schadens (Entw. II §. 491 Abs. 2 Satz 3. Jahrb. IV S. 552).

---

17) Vgl. Zusammenstellung III S. 139. 140. Bähr Gegenentwurf §. 939.

18) Den Gebrauch dieses Ausdrucks statt des herkömmlichen Wortes: „Bienenstöcke", „Bienenkörbe" rügt mit Recht Thudichum in seinem beherzigenswerthen Aufsatze über „Juristendeutsch" in den Annalen der deutschen Gesetzgebung 1892 S. 131. — Nebenher bemerkt ist in sprachlicher Beziehung unrichtig gefaßt §. 695 Entw. II: die Zeitwörter am Schluß stehen im Indicativ, während „daß" hier den Conjunctiv fordert (richtig hierin Entw. I §. 774).

19) Ebenso bestimmt das österr. bürg. Gesetzb. (§. 384), daß der Eigenthümer das Recht hat, Bienenschwärme und andere zahme oder gezähmte Thiere auf fremden Grund zu verfolgen: „doch soll er dem Grundbesitzer den ihm etwa verursachten Schaden ersetzen". Ebenso das preuß. Landr. (I 9 §§. 122. 123; vgl. Dernburg Preuß. Privatr. I §. 231 Nr. 2) und das sächs. Gesetzb. §. 230.

20) L. 30 pr. §. 2 D. de damn. inf. (39. 2). L. 3 §. 11 L. 5 §. 4 D. de itin. (43. 19). L. 3 §. 9 D. de rivis (43. 21). L. 1 §§. 12. 14 D. de cloac. (43. 23). Vgl. Burckhard Die cautio damni infecti S. 43 fg. 45 fg. Tuhr S. 112. 113.

II.

Auf einer Ausgleichung widerstreitender Interessen beruht die Ordnung der Schadenlast auch in folgenden Fällen:

1. Der Miether hat ein Interesse daran, den Gebrauch der gemietheten Sache Andern überlassen, insbesondere dieselbe weiter vermiethen zu dürfen. Das römische Recht gestattet ihm diese Untervermiethung (sublocatio) ohne Einwilligung des Vermiethers [1]), wobei er nur für eigenes Verschulden in der Auswahl des posterior conductor haftet [2]). Andererseits aber hat der Vermiether ein Interesse, daß dem Miether diese freie Aftervermiethung nicht gestattet sei, da die Miethsache leicht in die Innehabung eines fahrlässigen oder unpassenden Untermiethers gelangen kann [3]). Von solcher

1) L. 6 C. de loc. (4. 65). Nemo prohibetur rem quam conduxit fruendam alii locare, si nihil aliud convenit. L. 7. 8 L. 24 §. 1 L. 30 pr. L. 60 pr. D. h. t. (19. 2). Windscheid Pandekt. II §. 400. a. E. — Ueber die sozialen Verhältnisse, welche in Rom zur unbeschränkten Gestattung der sublocatio führten, vgl. Burckhard Zur Geschichte der locatio conductio (1889) S. 58. 59. — Das sächs. Gesetzb. §. 1194 folgt hierin ganz dem röm. Recht. Ebenso Bähr Gegenentwurf II §. 491.

2) L. 11 pr. D. h. t. (19. 2). L. 27 §. 11 D. ad. leg. Aquil. (9. 2) Glück XVIII S. 55. Ubbelohde in der Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 216 fg. Dernburg Pandekt. II §. 111 Note 15.

3) Hermann Der Miethvertrag (1840) §. 85 Note c meint denn auch, es sei „jedem Vermiether zu empfehlen, beim Vermiethen sich die Bedingung zu stellen, daß nicht ohne seine Zustimmung untervermiethet werde". Vgl. auch Note 7.

Erwägung ausgehend, versagt das preußische Landrecht (I 21 §§. 309 fg.) dem Miether die Befugniß, ohne Einwilligung des Vermiethers den Gebrauch der Sache einem Andern, unentgeltlich oder gegen Entgelt, zu überlassen [4]).

Eine Ausgleichung dieser widerstreitenden Interessen kann dadurch getroffen werden, daß dem Miether zwar das Recht zur Weitervermiethung eingeräumt wird, aber auf seine eigene Gefahr: er hat also den Schaden zu tragen, welchen der Untermiether durch Unterlassung der erforderlichen Sorgfalt dem Miethobjekt zufügt, und haftet somit dem Hauptvermiether für das Verschulden seines Miethers (Haftung für fremde Culpa [5]).

Diesen Mittelweg haben die meisten neueren Gesetzgebungen eingeschlagen: so der Code civil a. 1717. 1735, das österr. bürg. Gesetzb. §§. 1098. 1111 [6]), das zürcher.

4) Vgl. Dernburg Preuß. Privatr. II §. 171 insbes. Note 2. Fischer Lehrb. des preuß. Privatr. S. 426.

5) Motive zum bayer. Entw. (II S. 153): „Der Miether übernimmt (mit der Untervermiethung) die Gefahr, welche daraus entsteht, daß er die vertragsmäßig seiner eigenen Obsorge anheimgegebene Sache fremden Händen anvertraut, und haftet für jeden Schaden, welchen der Dritte, dem er den Gebrauch überlassen hat, der Sache zufügt."

6) Zeiller Comment. III S. 437 motivirt die Haftung des Miethers für das Verschulden des Aftermiethers in ungenügender Weise damit, daß „er ihn ohne Einfluß des Bestandgebers zu seinem Stellvertreter gewählt und über dessen Benehmen nicht gewacht hat": aus diesen Gründen würde sich (arg. §. 1010 §. 1161) nur Haftung für culpa in eligendo et inspiciendo ergeben. Richtig Pfaff Gutachten S. 46 Note 135. Krainz-Pfaff System I S. 404. Aus den Protokollen (herausgegeben von Ofner) II S. 302. 305 ergiebt sich, wie schon Pfaff bemerkt hat, nichts für „die innere Begründung" dieser strengeren Haftung, welche im westgal. Gesetzb. III §. 235 noch nicht statuirt war. Auf einer Verkennung dieses „inneren Grundes" beruht die Entscheidung des österr. O.G.H. v. 11. Juli 1890 (G. Z. 1890 Nr. 34), daß der Miether dem Vermiether für das Verschulden seiner Dienstleute unbedingt hafte, mit der Motivirung, daß der „Miether sogar auch für das Verschulden

Gesetzb. §. 1498, das schweizer. Bundesges. Art. 285[7]), der hessische Entw. Art. 158. 176, der bayer. Entw. Art. 433 und der dresden. Entw. Art. 559. 562. Auf diesem Standpunkt steht auch der erste deutsche Entwurf §. 516, indem er bestimmt, daß mangels anderweitiger Vereinbarung dem Miether das Recht zusteht, einem Andern den vertragsmäßigen Gebrauch der gemietheten Sache zu überlassen[8]), daß jedoch der Miether dem Vermiether „in Ansehung der Erfüllung seiner Verpflichtungen[9]) wegen des Verschuldens des Andern" haftet.

---

des ihm entfernter stehenden Afterbestandnehmers zu haften hat." Könnte man mit einer solchen Argumentation nicht auch behaupten, daß der Vermiether das gesetzliche Pfandrecht (§. 1101) auch an den eingebrachten Sachen der Dienstleute des Miethers habe?

7) Schneider Comment. S. 225 (3. Aufl. S. 409) berichtet, daß „die grundsätzliche Zulassung der Untermiethe ohne besondere Zustimmung des Vermiethers von der Commission des Nationalraths nur durch Stichentscheid des Präsidenten ausgesprochen worden ist".

8) Der Entwurf hat es abgelehnt, den in verschiedenen neueren Gesetzgebungswerken sich findenden Vorbehalt aufzunehmen, daß durch die Ueberlassung des Gebrauchs an einen Andern der vertragsmäßige Gebrauch nicht geändert und daß dadurch eine dem Vermiether nachtheilige Veränderung nicht bewirkt werden dürfe. Allein ein solcher, das Interesse des Vermiethers wahrnehmender Vorbehalt ist durchaus nicht „überflüssig": der Miether, der an eine unehrbare, unzüchtige Person, oder an eine sehr zahlreiche Familie, oder an eine Person, die ein lästiges, lärmendes Gewerbe treibt, weitervermiethet, überläßt ihr gleichwohl nur den „vertragsmäßigen Gebrauch", der Vermiether braucht sich aber ein solches Handeln contra bonam fidem gewiß nicht gefallen zu lassen. Vgl. Glück XVII S. 311. Windscheid II §. 400 Note 23. Zeiller Comment. III S. 410. Schneider a. a. O.

9) Diese Worte sind überflüssig und verwirrend und wären m. E. zu streichen. Sie sind, wie aus den Motiven II S. 397 zu entnehmen ist, aus der Ansicht hervorgegangen, daß die strengere Haftung des Miethers nur eine Folge der Vorschrift des Entw. I §. 224 Abs. 2 sei, wonach der Schuldner in Ansehung der Erfüllung „wegen des Verschuldens derjenigen Personen haftet, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient". Der

Bei der zweiten Lesung des Entwurfs (Jahrb. IV S. 553) ging man dagegen von der entgegengesetzten Ansicht aus und fand es der muthmaßlichen Absicht der Parteien entsprechender, den Satz aufzustellen, daß dem Miether die Gebrauchsüberlassung ohne Einwilligung des Vermiethers untersagt sei, da der Vermiether regelmäßig auf die Person des Miethers entscheidendes Gewicht lege, gewährte aber dagegen dem Miether das Kündigungsrecht innerhalb der gesetzlichen Frist für den Fall ungerechtfertigter Verweigerung der Erlaubniß zur Aftervermiethung (II §. 493 Abs. 1). Diese von vielen Seiten (vgl. Zusammenstellung II S. 269. 270. IV S. 395 fg.) empfohlene Regelung, welche sich dem preuß. Landrecht (I 21 §§. 309—312) anschließt, verdient Billigung. In Abs. 2 §. 493 wird in einer Formulirung, welche von den in Note 9 gerügten Mängeln frei ist, passender Weise bestimmt, daß der Miether, „welcher den Gebrauch einem Dritten überläßt, ein dem Dritten bei dem Gebrauche zur Last fallendes Verschulden zu vertreten hat, auch wenn der Vermiether die Erlaubniß zur Ueberlassung ertheilt hat"[9a]).

Untermiether ist aber doch gewiß nicht der Gehilfe, sondern der Substitut des Miethers, und dieser bedient sich jenes nicht „zur Bewirkung der Leistung", sondern zur Ausübung seiner Gebrauchsbefugniß (Goldschmidt in der Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 302. 303). Der zur Weitervermiethung berechtigte Miether wäre an sich nur zur Haftung für culpa in eligendo verpflichtet, in ähnlicher Weise, wie der zu weiterer Hinterlegung befugte Depositar (I §. 616 II §. 631): im Interesse des Vermiethers wird ihm aber die Weitervermiethung nur gegen Uebernahme der Haftung für culpa des Aftermiethers gestattet. Der Miether haftet also nicht für das Verschulden des Untermiethers in „Ansehung der Erfüllung seiner (des Miethers) Verbindlichkeiten", sondern für das Verschulden des Aftermiethers in Ansehung der Erfüllung dessen eigener Pflicht zur Obsorge über den Miethgegenstand.

9a) Diese Fassung ist jedoch nicht ganz gelungen, da der Miether bei unerlaubter Vermiethung nicht nur für das Verschulden des Dritten,

Der gleiche Interessenkonflikt findet bei der Pacht statt. Hier sprechen jedenfalls überwiegende Gründe zu Gunsten des Verpächters, ohne dessen Zustimmung daher eine Weiterverpachtung nicht gestattet sein sollte [10]). Denn „bei der Pacht bilden die persönlichen Eigenschaften des Pächters weit mehr ein Element des Vertrags, als es einem bloßen Miether gegenüber der Fall ist, bei welchem die Tüchtigkeit der Person, ihre wirthschaftliche Befähigung, ihre ökonomische Kraft ein untergeordnetes Moment bilden [11]). Der erste deutsche Entwurf §. 533 versagt jedoch, gleich dem Code civil a. 1763, dem sächs. Gesetzb. §. 1194 und dem bayer. Entwurf Art. 465, nur dem Theilpächter die Befugniß zur Weiterpachtung ohne Einwilligung des Verpächters, während ein sonstiger Pächter die Sache, allerdings auf eigene Gefahr, weiterverpachten darf (§. 532) [12]). Im zweiten Entwurf §. 521 Abs. 2. §. 536 Abs. 1 ist dagegen mit Recht die gegentheilige

---

sondern auch für den Zufall haften muß, der das Miethobjekt bei ihm nicht getroffen hätte.

10) So nach preuß. Landr. I 21 §. 313. 314; zürch. Gesetzb, §. 1524; schweiz. Bundesges. Art. 306. Vgl. auch Boyens in den Gutachten aus dem Anwaltsstand S. 718 fg. Zusammenstellung VI S. 395 fg.

11) Citat in Schneider's Comm. zum schweizer. Obl. R. ad Art. 296 Nr. 1.

12) Auf dieses Resultat kommt es auch nach österr. Recht hinaus, zufolge der gesetzlichen Auffassung der Theilpacht als einer societas (§. 1103 in Verbindung mit §. 1186), die aber freilich irrig ist, da es bei der Theilpacht in der Regel am animus contrahendae societatis fehlt (vgl. Pernice in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. XV S. 57; Dernburg Pandekt. II §. 111 Note 4). Die widernatürliche Auffassung der Theilpacht als eines Gesellschaftsvertrags hat denn auch nicht festgehalten werden können: das durch Kaiserl. V. O. v. 16. Nov. 1858 (R. G. Bl. Nr. 213) vorgeschriebene Verfahren bei Streitigkeiten aus dem Bestandvertrage findet auch Anwendung auf die Theilpacht (§. 23: „solche Verträge werden in dieser Hinsicht als Pachtverträge angesehen“).

Bestimmung getroffen und dem Pächter auch das Kündigungsrecht im Fall ungerechtfertigter Versagung der Einwilligung in die Unterpacht seiten des Verpächters versagt worden (Jahrb. IV S. 562).

2. Eine Collision der Interessen ergibt sich beim Commodat, wenn der Commodant vor Ablauf der bedungenen Zeit die dargeliehene Sache wegen eines unvorhergesehenen Falles selbst (in proprios usus) benöthigt: darf er dieselbe zurückfordern? Dieser Fall ist in den römischen Quellen nicht entschieden. Die ältere gemeinrechtliche Theorie gewährt ihm das Rücktrittsrecht[13]. Auf diesem Standpunkt steht das preußische Landrecht (I 21 §. 235. 236)[14], das schweizer. Bundesges. Art. 326 und der dresden. Entw. Art. 609[15]. Das österr. bürg. Gesetzb. §. 976 stellt sich dagegen auf die Seite des Commodatars[16], der durch den Vertrag ein festes Recht auf den Gebrauch für eine bestimmte

13) Vgl. die zahlreichen Citate bei Glück XIII S. 446 Note 43; man hat sich dafür gewöhnlich auf die Analogie von L. 3 C de loc. (4. 65) berufen.

14) Vgl. Dernburg Preuß. Privatr. II §. 175 zu Note 8.

15) Das sächs. Gesetzb. §. 1174, welches die Motive zum deutschen Entw. (II S. 452) anführen, gehört dagegen nicht in diese Kategorie, da dieser § nur von dem pactum de commodando handelt, in welchem Fall auch nach österr. Recht (§. 936) das Rücktrittsrecht stattfindet. Vgl. Note 16.

16) So auch schon Martini's Entw. III 3 §. 10 und das westgal. Gesetzb. III §. 83; dagegen war im Cod. Theres. III 5 §. 17 und in Horten's Entw. III 5 §§. 9. 10 dem Verleiher das Rücktrittsrecht wegen eigenen dringenden Bedürfnisses ohne Verpflichtung zur Entschädigung des Entleihers gewährt. Bei der Berathung des bürgerl. Gesetzbuchs hatte die jurist. Fakultät in Freiburg monirt, daß die Versagung des Rücktrittsrechts „bei unvorhergesehenen Unglücksfällen zu hart" sei; Zeiller aber bemerkte, daß „das röm. Recht, welches bisher bei uns in praxi gegolten hat, für den Entlehner spreche (?) und ebenso das Naturrecht, weil ihm der Gebrauch bis zur bestimmten Zeit geschenkt worden und Schenkungen des eigenen Bedarfes wegen nicht mehr zurückgefordert werden können". Protokolle II S. 36.

Zeit erworben habe, und gestattet dem Commodanten nicht, sich von dem gegebenen Worte loszusagen: quod antea fuit voluntatis, nunc est necessitatis (cf. L. 17 §. 3 D. comm. 13. 6)[17]). Einen vermittelnden Standpunkt nimmt der Code civil (a. 1889) ein, indem er dem Richter gestattet, nach Beschaffenheit der Umstände und nach Billigkeit zu entscheiden. Auch die neuere gemeinrechtliche Theorie stellt auf die bona fides ab, „wie man diese beim commodatum zu denken hat", und räumt dem Leihenden das Rücktrittsrecht, jedoch nur für den Fall ein, daß er die Sache selbst dringend bedarf und dafern für den Commodatar „kein unverhältnißmäßiger Nachtheil mit der sofortigen Rückgabe verbunden ist"[18]).

Der erste deutsche Entwurf §. 557 Nr. 2 und ebenso der zweite §. 545 Nr. 1 gestattet dem Verleiher, vom Vertrage zurückzutreten, „wenn er in Folge eines unvorhergesehenen Umstandes der verliehenen Sache bedarf"[19]).

Es entspricht nun gewiß der Billigkeit, daß der Verleiher, dafern er unter veränderten Umständen selbst der Sache dringend bedarf, aus seiner Gefälligkeit keinen Nachtheil leide (Motive II S. 452. 453). Aber andererseits sollte doch auch auf den Entleiher billige Rücksicht genommen und dem Verleiher die Geltendmachung und Befriedigung seines Interesses durch vorzeitige Rücknahme der Sache nicht auf Kosten des Ent-

---

17) So auch Glück XIII S. 446 fg. Schmidt Das commodatum (1840) S. 185. Vgl. auch Höpfner Comment. §. 772. — Ebenso das sächs. Gesetzb. arg. §. 1180, der hessische Entw. arg. Art. 261 und der bayer. arg. Art. 651.

18) Unterholzner Schuldverhältnisse II §. 604 Nr. 2. Windscheid II §. 375 zu Note 13.

19) Es ist auffallend und gewiß nicht zu billigen, daß der deutsche Entwurf die „Dringlichkeit" oder „Unentbehrlichkeit" nicht zur Voraussetzung des Rücktrittsrechts macht, wie dies noch im A. L. R. I 21 §. 235 und im schweiz. Bundesges. Art. 326 geschieht.

leihers gestattet werden. Es dürfte sich daher empfehlen, dem Commodanten das Rücktrittsrecht wegen dringenden eigenen Bedürfnisses, jedoch gegen Schadloshaltung des Commodatars zu gewähren (arg. L. 17 §. 3 D. comm. 13. 6)[20][21].

20) So schon Voet. comm. ad h. t. §. 9; ebenso Tuhr S. 63. Auch im Fall der L. 3 C. de loc. (4. 65) „ist schwerlich anzunehmen, daß dort gemeint ist, man dürfe den Miether ohne allen Ersatz austreiben, wenn man die Wohnung selbst braucht“ (Unterholzner II S. 555 Note g). Vgl. jedoch auch Sintenis Civilr. II § 111 Note 7.

21) Man möchte versucht sein, wie dies in der That von Pfaff Gutachten S. 46 Anm. 135. Krainz-Pfaff System I S. 404. II 1 S. 119 und früher auch von mir (in Grünhut's Zeitschr. XIII S. 728 Note 16) geschehen ist, in diese Kategorie der Ausgleichung widerstreitender Interessen nach dem österr. Recht noch folgenden Fall zu stellen. §. 454 a. b. G. B. (westgal. Gesetzb. II §. 232) gestattet, in Uebereinstimmung mit dem röm. Recht (L. 1 pr. C. si pignus 8. 23. L. 13 §. 2 D. de pign. 20. 1. Dernburg Pfandr. I S. 475 fg. Pandekten I[3] §. 293 a. E. Windscheid I[7] §. 239 Nr. 3), dem Pfandgläubiger die Pfandsache auch ohne Einwilligung des Verpfänders weiter zu versetzen. Während der Afterverpfänder jedoch nach röm. Recht nur für culpa in eligendo verantwortlich ist (Dernburg Pfandr. I S. 484), haftet er nach österr. Recht nicht nur für das Verschulden des Afterpfandnehmers, sondern überdies auch „für einen solchen Zufall, wodurch das Pfand bei ihm nicht zu Grunde gegangen oder verschlimmert worden wäre“ (§. 460 a. b. G. B.). Ueber die „innerliche Begründung“ dieser letztern Bestimmung, welche im westgal. Gesetzb. noch nicht enthalten war, findet sich, wie bereits Pfaff bemerkt hat, in den Protokollen keine Aufklärung, da dieselben (II S. 379 edit. Ofner) nur mittheilen, daß der Referent Zeiller dieselbe als „Entscheidung einer Streitfrage“ (?) empfahl, „welche Entscheidung auch (wie es scheint, ohne Debatte) aufgenommen wurden“. In der That aber wird auf diese Weise mit der einen Hand gegeben und mit der andern Hand genommen. Denn schwereren Rechtsfolgen ist auch derjenige nicht ausgesetzt, dem die eigenmächtigte Afterverpfändung vom Gesetz nicht eingeräumt wird (vgl. §§. 965. 979 a. b. G. B.). So spricht in korrekter Weise das preuß. Landr. (I 20 §. 127) principiell das Verbot der Afterverpfändung „ohne ausdrückliche Einwilligung des Verpfänders“ aus und fügt in §. 131 die selbstverständliche Vorschrift hinzu, daß, wenn „der weitere Versatz ohne die Einwilligung des ersten Verpfänders geschehen ist, der erste Pfandinhaber jeden Zufall tragen muß, von welchem die Sache bei dem zweiten getroffen

wird, sobald nicht erhellt, daß eben dieser Schade sich auch in der Gewahrsam des ersten Inhabers ereignet haben würde" (Dernburg Preuß. Privatr. I §. 358). Das Ergebniß ist hiernach, daß trotz des §. 454 a. b. G. B. auch nach österr. Recht die Afterverpfändung beweglicher Sachen ohne Einwilligung der Verpfänders unstatthaft ist, wie dies in den meisten neueren Gesetzgebungen direkt (Sächs. Gesetzb. §. 475. Schweizer. Obl. R. Art. 220) oder indirekt (durch ausnahmslose Gleichstellung des Pfandnehmers mit einem Verwahrer: Code civ. art. 2079. 2080. Baier. Entw. III Art. 430. Dresden. Entw. Art. 1027) angeordnet ist. So auch im deutschen Entw. I §. 1156. Motive III S. 810. Zeiller Comment. II S. 272. Stubenrauch I[5] S. 595 und Ofner Das österr. Sachenrecht (1893) S. 130 werden den inneren Widerspruch zwischen §. 454 und §. 460 nicht gewahr. — Die österr. allgem. Gerichtsordnung v. 1. Mai 1781 gestattet die sog. Transferirung der gerichtlich gepfändeten beweglichen Sachen auf Verlangen und „auf Gefahr" des Exekutionsführers. Daß der Exequent in diesem Falle nur für das Verschulden des Dritten, in dessen „Verwahrung" die gepfändeten Sachen gegeben werden, nicht aber auch für den Zufall haftet, dem dieselben bei dem gepfändeten Schuldner nicht ausgesetzt gewesen wären, ergiebt sich theils aus obiger Ausführung, da hierdurch das vom Gesetz eingeräumte Transferirungsrecht effektiv wieder aufgehoben würde, theils daraus, daß daß die Josefinische G. O. v. 1781 nach den Grundsätzen der historischen Interpretation nicht mittelst des a. b. G. B. v. Jahr 1811 ausgelegt werden darf. Im Resultat übereinstimmend Nippel Erläuterung (1847) II S. 295. 296 (der aber harmlos die §§. 335. 338 und sogar § 460 a. b. G. B. citirt). Ullmann Das österr. Civilprozeßr. 3. Aufl. S. 581. Canstein Lehrbuch des österr. Civilprozeßr. II[2] S. 790. Das Gleiche gilt, wenn die Weiterverpfändung mit Zustimmung des Verpfänders stattgefunden hat (vgl. auch Saxl Ueber die Beziehungen des preuß. Landr. zur Codifikation des österr. Civilrechts 1898 S. 11).

III.

Wenn jemand in unverschuldetem Nothstand zur Rettung seiner Person oder seiner Güter in einen fremden Rechtskreis verletzend eingreift, wer hat den Schaden zu tragen [1]): der Angreifer oder der Angegriffene?

Nach römischem Recht hat bekanntlich der Verletzte den Schaden zu tragen: der im Nothstand Handelnde ist nicht ersatzpflichtig [2]). Es erklärt sich dies aus der römischrechtlichen Auffassung und Behandlung des Schadenersatzes unter dem Gesichtspunkt der Strafe [3]): der im Nothstand Angreifende handelt rechtswidrig, er ist aber nicht strafwürdig,

1) Es handelt sich hier nur um die civilrechtliche, nicht um die strafrechtliche Verantwortlichkeit. Wendt Pandekt. §§. 23. 69 postulirt freilich die Einheitlichkeit der Grundlagen beider Haftungen und behauptet, daß das Privatrecht „keinen eigenen und selbständigen Deliktsbegriff“ habe; vgl. aber dagegen Binding Handb. des Strafr. I S. 765 Note 30 und schon Hälschner System des preuß. Strafr. I S. 271 fg; ferner Pernice Labeo II S. 19 Note 13.

2) L. 29 §. 3. L. 49 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9. 2). L. 3 §. 7 D. de incend. (47. 9). L. 7 §. 4 quod vi (43. 24). L. 14 pr. D. de praescr. verb. (19. 5).

3) Gerade in Beziehung auf die Lex Aquilia sagt Gaj. Inst. III §. 211: Injuria autem occidere intelligitur, cujus dolo aut culpa id acciderit .... itaque impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit. L. 30 §. 3 D. ad leg. Aquil. (9. 2): In hac actione .... dolus et culpa punitur. — Vgl. Ihering Schuldmoment S. 39 fg. (Verm. Schrift. S. 198 fg.). Ueber die wesentliche Verschiedenheit von Strafe und Schadenersatz vgl. die trefflichen Ausführungen von Binding Normen I² S. 284 fg.

da ihn kein Vorwurf trifft und er frei von Schuld ist (utique dolo caret L. 3 §. 7 cit.)[4]). Da nun im Laufe der geschichtlichen Entwickelung „die Idee der Strafe der Idee des Ersatzes erlegen ist" und „die vollständige Hinüberleitung der Strafe in die Form des Schadenersatzes" das anzustrebende Ziel und die Aufgabe der gemeinrechtlichen Jurisprudenz ist, so erscheint es geboten, wie in so vielen anderen Beziehungen[5]),

4) Auch bei einem erzwungenen Eingriff in den fremden Rechtskreis ist die abgenöthigte Handlung rechtswidrig, der Handelnde jedoch ersatzfrei, weil er dolo caret. L. 16 §. 1 D. de lib. causa (40. 12); cf. L. 7 §. 1 D. quod fals. tut. (27. 6). Diese Auffassung findet sich auch bei Jhering Schuldmoment S. 44 (Verm. Schrift. S. 202). Pernice Labeo II S. 20 (vgl. jedoch Pernice Sachbeschädigung S. 38 fg.). Janka Der strafrechtliche Nothstand (1878) S. 48. Tuhr S. 122 fg. Dagegen wird die Ansicht, daß die im Nothstand unternommene schädigende Handlung rechtmäßig und die Ersatzfreiheit eine Folge der in L. 151 D. de R. J. (50. 17) ausgesprochenen Regel sei, im Widerspruch mit L 3 §. 7 cit. (47. 9) und wohl auch mit Gaj. III §. 211 (Note 3), von Windscheid Pandekt. II §. 455 Note 11. Dernburg Pandekt. I §. 125 zu Note 12. II §. 131 zu Note 9. Bekker Pandekt. I S. 69 und Stammler Der Nothstand (1878) S. 14 vertreten.

5) So ist es nicht zu billigen, wenn man auch noch im heutigen Recht aus einem gemeinsamen Delikt nicht eine Correalobligation, sondern eine bloße Solidarobligation hervorgehen lassen will, da auch hierauf im röm. Recht der pönale Charakter der Deliktshaftung von Einfluß gewesen ist (vgl. Unger in den dogmat. Jahrb. XXII S. 285 fg.). Ebensowenig läßt es sich rechtfertigen, wenn man immer noch bei einer Gesammthaftung aus einer widerrechtlichen Handlung dem Ersatzleistenden den Regreß gegen seine Mitschuldigen im Fall von Dolus versagen will (Unger S. 291), wie dies auch der deutsche Entw. I §. 338 thut (ebenso dresden. Entw. Art. 219. Bähr Gegententwurf §§. 320. 798); vgl. dagegen auch Gierke Der Entwurf S. 212. Seuffert in Bekker und Fischer's Beitr. Heft 11 S. 53. 54. und jetzt auch Dernburg Pandekt. II[3] §. 129 Note 12. Bei der zweiten Lesung des Entwurfs wurde diese Bestimmung gestrichen (Jahrb. III S. 726. 727), was sicher zu billigen ist. (Das Gegenargument Jhering's, welches Leonhard Der Entwurf S. 58 berichtet und billigt, ist zweischneidig.) Ebenso verdient die (dem preuß. Landr. I 5 §. 424 fg. und dem Art. 280 H.G.B. sich anschließende) Vorschrift des §. 370 Entw. II (Jahrb. III

sich auch hier von „der ungehörigen Beimischung des Strafprincips" frei zu machen und die letzten Reste desselben abzustreifen. Glaubt man also daran festhalten zu sollen, daß die Nothstandshandlung eine rechtswidrige Schadenzufügung sei, so sollte man aus ihr doch eine Pflicht zur Entschädigung des Verletzten hervorgehen lassen (obligatio ex delicto)[6].

S. 725) wonach Mehrere, welche sich gemeinschaftlich zu einer Leistung verpflichten, im Zweifel als Gesammtschuldner haften, doch wohl Billigung: gemeinsames Versprechen, gemeinsame Haftung (vgl. Unger S. 277 fg.). Dagegen ist es sehr zu bedauern, daß ungeachtet der eindringlichen Bemerkungen von Hartmann im civ. Arch. LXXIII S. 392 fg. auch in zweiter Lesung (§. 368) eine gegenseitige Haftung der Gesammtschuldner für Verschulden (und Verzug) nicht statuirt wurde: der praktische Zweck der möglichsten Sicherung des Gläubigers, welcher durch die Rechtsfigur der Gesammtobligation erreicht werden soll, verlangt zu seiner Verwirklichung nicht nur Gemeinsamkeit, sondern auch Gegenseitigkeit der Haftung. L. 18 D. de duob. reis 45. 2. (Die Erklärung dieser Stelle, welche ich S. 347 fg. versucht habe, habe ich als unhaltbar erkannt und aufgegeben. Dagegen halte ich an der Auffassung und Construktion der Gesammtobligation als einer zu einer Einheit zusammengefaßten Mehrheit von Obligationen fest, insbes. auch gegen Eisele im civil. Arch. LXXVII S. 374 fg., und werde wohl noch Gelegenheit finden, mich mit den Gegnern derselben auseinanderzusetzen.) Vgl. auch Bähr Gegenentwurf §. 312. — Kuntze's Theorie vom „Gesammtakt" (Leipziger Festgabe für O. Müller) trifft in vielen Punkten mit meinen Ausführungen in den dogmat. Jahrb. XXII S. 218 fg. 225 fg. XXV S. 239 fg. zusammen: mehrere Personen handeln in Verbindung und Gemeinschaft mit einander, sie erscheinen insofern gleichsam als Eine Person („wie Ein Mann" vgl. Cod. Max. Bavar. IV 1 §. 21), unius loco (worin nichts Unfaßbares liegt, wie Dernburg Pandekt. II[3] §. 71 Note 3 meint). Wenn Kuntze S. 68. 69 dennoch der vertragsmäßigen Begründung einer Correalobligation und dieser selbst den Charakter eines Gesammtakts resp. einer Gesammtobligation nicht zusprechen will, weil „jeder Theilnehmer für sich eine besondere Rechtswirkung bezweckt" (L. 7. 9 §. 2 D. de duob. reis), so übersieht er, daß sämmtliche Theilnehmer „mit ungetheilter Hand" und „mit gesammtem Mund" (uno ore) versprechen und die Gesammtwirkung einer einheitlichen Obligation bezwecken, sowie daß selbst in einem Bundesstaat einzelne Glieder desselben eine besondere rechtliche Stellung haben können.

6) Dies geschieht in energischer Weise von Tuhr S. 120—137.

Es giebt aber noch andere Auffassungen der rechtlichen Natur der Nothstandshandlung. Vielfach wird die Ansicht vertreten, daß eine in Nothlage vorgenommene Angriffshandlung rechtmäßig und erlaubt sei, daß es ein subjektives Recht gebe, in der Noth in die sonst geschützte Rechtssphäre Anderer einzugreifen (sog. Nothrecht)[7]. Auf diesem Standpunkt erscheint es gleichwohl, wie in den früher (Nr. I) behandelten Fällen, als ein Postulat der ausgleichenden Gerechtigkeit, daß solche Eingriffe nur gegen Ersatz des zugefügten Schadens gestattet seien[8]: man darf sich angriffsweise retten, aber nicht auf fremde Kosten. — Eine andere Ansicht — und für diese scheinen mir die besten Gründe zu sprechen — geht dahin, daß der im Nothstand Handelnde zwar kein Recht zum Eingriff in die fremde Rechtssphäre hat, aber doch hiermit kein Unrecht begeht, daß also die Nothstandshandlung weder erlaubt noch verboten, sondern unverboten ist[9]. Die Nothstandshandlung fällt, da sie unter außerordentlichen Umständen vorgenommen wird, aus dem Rahmen der Rechtsordnung hinaus: Noth kennt kein Gebot, Noth bricht Recht[10]. Auch auf diesem Standpunkt aber fordert die Billigkeit, daß die, wenngleich unverbotene, Rettung nicht auf Kosten und zum Nachtheile Anderer stattfinde und daß dem Handelnden daher die Pflicht auferlegt werde, den in der Nothlage zugefügten Schaden zu vergüten (obligatio ex lege):

---

7) Zahlreiche Vertreter dieser Ansicht in der criminalistischen Literatur führt Binding Handb. des Strafr. I S. 763 Note 26 an.

8) Vgl. auch Tuhr S. 133 Note 4. Dagegen erklärt der hessische Entw. Art. 207 die Nothstandshandlung für erlaubt und ersatzfrei.

9) Dies ist die Ansicht von Binding Handb. I S. 765. 766 und wohl auch von Liszt Deutsches Strafrecht §. 35.

10) Graf und Dietherr Deutsche Rechtssprüchwörter S. 388 fg. Vgl. auch Ihering Zweck im Recht I (2. Aufl.) S. 250: „Im Nothstande hört das Recht auf“.

man mag (kann) sich angriffsweise retten, aber auf eigene Gefahr[11]).

Bei diesem Stande der Dinge ist es gewiß ungerechtfertigt, wenn der erste deutsche Entwurf, indem er die Notwehr für erlaubt erklärt (I §§. 186. 187)[12]), die Nothstandshandlung stillschweigend zu einer unerlaubten stempelt und die Motive (I S. 350. II S. 729) hierzu bemerken, daß „nach der mit der modernen Rechtsanschauung übereinstimmenden Auffassung des Entwurfs solche Handlungen ein civilrechtliches Delikt begründen"[13]). Es erscheint vielmehr rathsam, in das Gesetzbuch eine Bestimmung aufzunehmen, wodurch dem im Nothstand Handelnden die Verpflichtung zum Ersatz des zugefügten Schadens auferlegt wird (obligatio ex lege), und die Lösung der Frage, ob eine solche Handlung unerlaubt, erlaubt oder unverboten sei, der Wissenschaft zu überlassen.

Eine solche Bestimmung ist nunmehr bei der zweiten Lesung des deutschen Entwurfs in denselben aufgenommen worden. §. 746 Abs. 2 lautet: „Die Verpflichtung zum Schadensersatze wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die be schädigende Handlung im Nothstande begangen ist." Mit dieser Bestimmung könnte man sich einverstanden erklären, da dieselbe die Ersatzpflicht des im Nothstand Handelnden unbedingt statuirt und über den rechtlichen Charakter der Nothstands-

---

11) Merkel Encyclopädie §. 682. Vgl. auch Tuhr S. 134 Note 1 und Motive S. 74 zum bayer. Entw. Art. 55.

12) Entw. II §§. 192. 193. Doktrinär und überflüssig ist die Definition der Nothwehr im Entw. II §. 191 (I §. 186): der Mangel einer solchen Definition im österr. Gesetzb. (§. 19) und im schweizer. Obl. R. Art. 56 (vgl. auch dresden. Entw. Art. 215) hat sich weder in der Theorie noch in der Praxis fühlbar gemacht.

13) Insoweit stimme ich mit Liszt in Bekker und Fischer's Beiträgen Heft 5 S. 8 fg. überein. In dem dresd. Entw. erste Lesung Art. 221 findet sich eine richtige Bestimmung.

handlung keinen Ausspruch enthält. Die Berathungskommission ging jedoch von der Ansicht aus, daß „es bei dem Standpunkt des Entwurfs verbleibt, wonach eine nicht rechtmäßige Handlung auch dadurch nicht zu einer rechtmäßigen wird, daß sie in einem Nothstande begangen ist. Ein Vorschlag, die Ersatzpflicht unabhängig von einem Verschulden als obligatio ex lege zu gestalten, wurde als zu weitgehend abgelehnt. Auch hielt man es nicht für angezeigt, die Schadensersatzpflicht abweichend von den allgemeinen Grundsätzen (Entw. I §. 707) auszudehnen auf die Fälle, in welchen der Thäter sich in entschuldbarem Rechtsirrthum über die Erlaubtheit der Nothstandshandlung befand". (Jahrb. II S. 721 Beitr. II S. 674.) Wäre dem wirklich so, und müßte §. 746 Abs. 2 in der That in diesem Sinne ausgelegt und angewendet werden, so würde hierdurch die Ersatzpflicht des im Nothstande Handelnden praktisch ganz illusorisch, da bei der Bestrittenheit dieser Materie der Thäter es stets wird plausibel machen können, daß er in entschuldbarem Rechtsirrthum die Nothstandshandlung für erlaubt oder nicht widerrechtlich gehalten habe. (Vgl. übrigens unten Nr. VI 2).

IV.

1. Die Sicherheit des Verkehrs fordert, daß der gutgläubige Empfänger einer Willenserklärung sich darauf muß verlassen können, daß dieselbe dem Willen des Erklärenden entspricht. Während man nun über die Behandlung gewisser Fälle (Mentalreservation, Scherz [1]), Handeln des Vertreters in eigenem Namen) ziemlich einig ist, herrscht lebhafte Meinungsverschiedenheit über die Behandlung einer auf Irrthum beruhenden Willenserklärung [2]). Eine in neuerer Zeit vielfach und geistvoll vertretene Ansicht geht dahin, daß der Erklärende auch in diesem Falle an seine Erklärung gebunden bleibt, obgleich sie seinem Willen nicht entspricht: er haftet hiernach aus der irrthümlich abgegebenen Erklärung und auf den Inhalt derselben (sog. Erklärungstheorie) [3]). Nach einer andern

1) Der nicht erkennbare Scherz verdient m. E. (Grünhut's Zeitschr. XV S. 657 Note 7a) selbst dann keine Berücksichtigung, wenn er nicht in der Absicht zu täuschen gemacht wird (sog. guter Scherz): das Recht ist auf den Ernst des Lebens berechnet. Ich vermag daher §. 93 Entw. II nicht zu billigen und möchte die Streichung desselben empfehlen, da er im übrigen ganz überflüssig ist.

2) Eine sorgfältig abwägende Erörterung aller hier in Betracht kommenden Gesichtspunkte findet sich bei Bekker System II S. 54 fg.

3) Dies ist der Standpunkt des badischen Landr. Art. 1110a und des österr. bürg. Gesetzb. §. 876. Die Vorschrift des österr. Gesetzb. (§. 876), welche von Kohler in den dogmat. Jahrb. XXVIII S. 226 mißverstanden wird (vgl. unten Nr. X Note 8), sucht Ofner in Grünhut's Zeitschr. XVII S. 331 fg. (und nun auch Krasnopolski in der lehrreichen Abhandlung: Der Schutz des redlichen Verkehrs 1892 S. 41 fg.)

Ansicht ist der Erklärende berechtigt, seine Erklärung im Fall eines wesentlichen Irrthums[4]) als nichtig zu behandeln (anzufechten), jedoch gegen Ersatz des Schadens, welchen der vorwurfsfreie Erklärungsempfänger dadurch erleidet, daß er in seinem Vertrauen auf den Bestand der abgegebenen Erklärung getäuscht ist: der Erklärende haftet hiernach nicht aus der Erklärung, sondern wegen der Erklärung. Ich halte die letztere Ansicht, für welche ich mich schon früher ausgesprochen habe[5]), für die richtige: sie „genügt vollauf dem Gerechtigkeitsgefühl und dem Bedürfniß des gutgläubigen Verkehrs“[6]).

---

auf induktivem Wege zu rechtfertigen und auf entgeltliche Rechtsgeschäfte einzuschränken (während doch Zeiller Comment. III S. 42 als Beispiel gerade eine Handschenkung anführt und sich sofort die Frage aufdrängt, welcher Schutz einem in seinem Vertrauen getäuschten Beschenkten zu Theil werden soll?): er nimmt eben gar keine Rücksicht auf den Irrenden, den er mit dem Hinweis auf den Spruch summum jus summa injuria vertröstet (S. 340), und läßt sich übrigens ein Argument für seine Ansicht (§. 1026) entgehen. Auch hat diese Frage mit „Romanismus“ nichts zu thun: Es giebt Romanisten, welche der Erklärungstheorie huldigen, und Germanisten, welche dieselbe ablehnen (Note 6). — Mit den neuesten österr. Schriftstellern über die Irrthumslehre kann ich mich an diesem Orte nicht auseinandersetzen. — Ein energischer Anhänger der sog. objektiven Vertragstheorie nach allen Richtungen ist Holland General Jurisprudence 5. edit. p. 222 sq.

4) Auf die wichtige und schwierige Frage der Wesentlichkeit des Irrthums einzugehen, ist hier nicht der Ort. — Die Bedenken, welche Hölder im civil. Arch. LXXX S. 36 fg. gegen §. 94 Entw. II erhebt, sind m. E. begründet. Ob es nicht am gerathensten wäre, die Lösung dieses Problems „der freien Jurisprudenz“ zu überlassen, wie dies schon Bethmann-Hollweg Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1876) S. 45 empfohlen hat?

5) In Grünhut's Zeitschr. XV S. 673 fg. Vgl. seither auch Mitteis in den dogm. Jahrb. XXVIII S. 121 fg. Zitelmann in Bekker und Fischer's Beiträgen Heft 9 und 10 S. 4 fg. 16 fg. Meisner Das preuß. Landrecht und der Entwurf (1890) S. 61 fg.

6) Gierke Der Entwurf S. 167. Vgl. auch Verhandl. des 20. deutschen Juristentags IV S. 418.

In der That wird diese Ansicht beiden Theilen gerecht: sie läßt einerseits den Erklärenden für seinen Irrthum nicht zu hart büßen[7]), und sie schützt andererseits den gutgläubigen Erklärungsempfänger vor Nachtheil. Auf diesem Standpunkt, für welchen sich seither auch der 20. deutsche Juristentag erklärt hat[8]), entsteht nun die Frage, ob der seine Erklärung Anfechtende dem Empfänger derselben schlechthin oder nur im Fall eines Verschuldens für den Schaden aufzukommen hat. Die Antwort kann wohl nicht zweifelhaft sein. Wer irrt, hat die Folgen seines Irrthums selbst zu tragen und darf dieselben nicht auf die andere Partei überwälzen. Wer eine Erklärung abgiebt, es sei in eigener Person (mittelst Rede oder Schrift) oder durch eine Mittelsperson (Bote, Telegraph), hat diese Erklärung auf eigene Gefahr zu geben, nicht auf Gefahr des gutgläubigen Erklärungsempfängers[9]).

Diese letztere Behandlungsweise hat nunmehr bei der zweiten Lesung des deutschen Entwurfs Aufnahme in denselben gefunden (§§. 94—97. Beitr. II S. 394 fg. Jahrb. II S. 56. 57). Von der absoluten Ersatzpflicht des Erklärenden macht jedoch der Entwurf II §. 97 Absatz 2 Satz 2 eine Ausnahme für den Fall, daß „die Unrichtigkeit der Uebermittelung" der Erklärung durch eine hierzu verwendete Person

7) Vgl. in dieser Richtung jetzt auch die Ausführungen von Leonhard in dessen interessantem Gutachten für den 20. deutschen Juristentag III S. 87 fg. 102 fg. und Kohler in den dogm. Jahrb. XXVIII S. 228

8) Verhandlungen IV S. 83 fg. 416 fg. Diese Behandlungsweise wird auch empfohlen in den Bemerkungen der mecklenburg-schwerinschen Regierung I (1891) S. 32 fg.

9) Dies ist auf dem 20. deutschen Juristentag von allen Seiten anerkannt worden; vgl. Verhandl. IV S. 98. 104 fg. 122 fg. 418. Vgl. auch Pfizer in den dogm. Jahrb. XXIX S. 155. Planck im civ. Arch. LXXV S. 391 hält dagegen daran fest, daß der Erklärende nur im Fall eines Verschuldens zur Entschädigung verpflichtet sei, wie dies allerdings sogar das schweizer. Bundesgeſ. Art. 23 bestimmt.

oder Anstalt „ihren Grund in höherer Gewalt hat". Es ist lebhaft zu bedauern, daß dieser ebenso unglückliche Ausdruck als unklare und schwankende Begriff, der — wie Bähr mit Recht bemerkt — Verwirrung gestiftet hat, wo immer noch man ihn angebracht hat, bei der zweiten Lesung des Entwurfs beibehalten wurde[10]) [vgl. §. 169 Abs. 2[11]) und §. 641 Abs. 1[12])]. In dem hier in Betrachtung stehenden

10) Gegen die Verwendung von Wort und Begriff vis major im Entwurf sprechen sich in überzeugender und energischer Weise aus Gelpke und Schey in ihren Gutachten für den 22. deutschen Juristentag I S. 348 fg. II S. 41 fg.

11) Bei der Hemmung der Verjährung sowie bei der Wiedereinsetzung wegen Versäumung von Nothfristen (Entw. I §. 2098. Deutsche C. P. O §. 211; vgl. §. 33 österr. a. G. O.) handelt es sich lediglich um die subjektive Vermeidbarkeit gewisser Hindernisse und um die Anwendung der gehörigen Diligenz hierbei (L. 2 §. 8 D. si quis caut. 2. 11). Vgl. die treffenden Ausführungen von Klein Die schuldhafte Parteihandlung (1885) S. 200 fg.; ferner Gelpke S. 384. 385. Schey S. 60 fg.

12) Daß die Haftpflicht der Gastwirthe auch heutzutage eine gesteigerte sein muß, ist wohl nicht zu bezweifeln (vgl. Gierke Der Entwurf S. 251. 252; dagegen jedoch Meisner Das preuß. allg. Landrecht und der deutsche Entwurf S. 139. 140), aber die richtige und zweckmäßige Begrenzung und Formulierung derselben ist eine schwierige legislative Aufgabe. Vgl. die verschiedenen Vorschläge von Bähr Gegenentwurf. §. 572. Sturm Haftpflicht der Gastwirthe (1892) S. 41. Gelpke S. 368 fg. Schey S. 56 fg. — Wenn man es in der Berathungskommission abgelehnt hat, die Haftung der Gastwirthe allgemein (vgl. §. 642) auf einen Maximalbetrag (1000 Mark) zu beschränken, da „eine solche Abschwächung der Haftung mit dem Wesen des Gastaufnahmevertrags, der den Gastwirth zur Gewährung sicherer Unterkunft verpflichtet, nicht vereinbar und durch das Bedürfniß nicht geboten erschien, da es sich bei den hier in Rede stehenden Sachen regelmäßig nicht um Werthe von unübersehbarer Höhe handelt" (Jahrb. IV S. 896), so genügt es, gegen diese in gar mancher Beziehung anfechtbare Motivirung darauf hinzuweisen, daß die Gesetzgebung in England (Ges. v. 13. Juli 1863, 26 und 27 Victor. c. 41) sowie in einigen andern Ländern (Zusammenstellung VI S. 476) allerdings diesen Weg eingeschlagen hat und daß die

Falle ist aber überdies ein sachlicher innerer Grund zur Aufstellung verschiedener Gefahrenklassen und zur Ausschließung der Ersatzpflicht bei gewissen Arten von Zufällen nicht vorhanden[18]). Für den Empfänger der Willenserklärung, welcher in seinem Vertrauen auf dieselbe geschützt werden soll, ist es gleichgültig, ob die Unrichtigkeit der Uebermittelung durch ein Versehen des Boten oder Telegraphisten oder durch eine plötzliche Geistesstörung desselben oder eine Störung der Telegraphenleitung herbeigeführt worden ist. Wer sich eines bestimmten Erklärungsmittels bedient, muß eben alle Gefahren auf sich nehmen, welche damit verbunden sein können, und ist billigerweise näher daran, den Schaden zu tragen, als der Empfänger der Erklärung.

2. Auf demselben Prinzip beruht es, daß derjenige, der sich als Vertreter gerirt, dies auf eigene Gefahr thut: wenn der Vertretene das von dem „Vertreter ohne Vertretungsmacht" mit einem Dritten abgeschlossene Geschäft nicht genehmigt, so haftet diesem der falsus procurator, mag er

---

Fixirung eines sog. Normalsatzes auch in anderen Fällen stattfindet (H.G.B. Art. 427 Nr. 2; vgl. Steinbach Ersatz von Vermögensschäden S. 76. 77).

18) So auch Gelpke S. 388. Nach dem kurzen Bericht in den Jahrb. II S. 57 hielt die Berathungscommission die Statuirung dieser Ausnahme für „innerlich gerechtfertigt": man muß die Veröffentlichung der Protokolle abwarten, um die Rechtfertigung dieses innerlich Gerechtfertigtseins zu erfahren. War aber „maßgebend für diese Ausnahme die Analogie mit ähnlich liegenden Fällen, in denen das erwähnte Prinzip (?) bereits zur gesetzlichen Anerkennung gelangt ist, wie z. B. bei der Haftung der Frachtführer nach Art. 395 H. G. B." (Beitr. II S. 402), so ist dagegen zu bemerken, daß bei der fundamentalen Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse, in welchen der schillernde formelhafte Terminus: vis major eine wunderthätige Rolle spielen soll, von einer Analogie keine Rede sein kann, sondern daß vielmehr in Ansehung jedes einzelnen typischen Rechtsverhältnisses der innere spezifische Grund ermittelt werden muß, weshalb und inwieweit eine Steigerung der Haftpflicht eintreten soll.

sich über Existenz oder Umfang der Vertretungsmacht in noch so entschuldbarem Irrthum befunden haben. In Widerspruch mit seinen sonstigen Prinzipien hat auch der deutsche Entwurf in erster Lesung (§. 125) dies bestimmt. Die Motive (I S. 244) führen aus, daß diese Haftung „nicht auf eine dem Vertreter zur Last fallende Schuld, sondern gewissermaßen auf ein stillschweigendes Garantieversprechen gestellt wird". Allein ein solches „stillschweigendes Garantieversprechen" mag zur Noth die Theorie unterstellen, obwohl sich dasselbe in den meisten Fällen als eine Fiktion erweisen wird, um auf diesem Wege eine sonst nicht construirbare Haftung des falsus procurator ohne Verschulden und auf das positive Vertragsinteresse zu erzielen [14]). Auf dem Boden der Gesetzgebung hat jedoch eine solche Unterstellung und das Argumentiren daraus keinen Sinn [15]): der Gesetzgeber ist es vielmehr selbst, der dem Dritten die erforderliche Garantie verschafft, indem er dem Vertreter die Haftung für das Vorhandensein der Vertretungsmacht auferlegt, und von seinem legislatorischen Ermessen hängt es ab, sowohl die Voraussetzungen als den Gegenstand (das Worauf) dieser Haftung zu bestimmen. Ob nun der deutsche Entwurf I, welcher in §. 125 (gleich dem sächs. Gesetzb. §. 789) die Vorschrift der Art. 55. 298 Abs. 2 H.G.B. verallgemeinert, hiermit das

14) Vgl. Windscheid Pandekt. II §. 74 Note 8; dagegen jedoch Mitteis Stellvertretung S. 165 und insbes. (gelegentlich eines andern Falles) Thon im civil. Arch. LXXX S. 73. 74.

15) Dagegen auch Gierke Der Entwurf S. 171. Vgl. auch Ihering in diesen Jahrb. IV S. 42. 73. Bähr Gegenentwurf §. 123 statuirt eine gesetzliche Garantiepflicht des Vertreters: wie überflüssig dieses Mittelglied ist, ergiebt sich aus dem Gegenentwurf §. 359, worin dem Veräußerer einer Sache gegen Entgelt nicht die Verpflichtung auferlegt wird, für das Nichtvorhandensein von Mängeln zu garantiren, sondern ohne weiters und geradezu ausgesprochen wird, daß derselbe dafür haftet, daß die veräußerte Sache nicht an geheimen Mängeln leidet.

Richtige getroffen hat, oder ob nicht die Bestimmung des schweizer. Bundesges. Art. 48[16]), den Vorzug verdient, ist eine schwierige Frage[17]).

Diese Frage ist bei der zweiten Lesung des Entwurfs m. E. in befriedigender Weise gelöst worden: der vollmachtlose Vertreter haftet dem Dritten, welcher den Mangel der Vertretungsmacht weder kannte noch kennen mußte, persönlich aus dem Geschäfte, dafern er nicht nachweist, daß er sich im Irrthum über das Vorhandensein oder den Umfang der Vollmacht befunden hat, in welchem Fall er nur auf das negative Vertragsinteresse haftet (§. 146 Beitr. II S. 423 fg. Jahrb. II S. 63. 64). Desgleichen handelt der vollmachtlose Prozeßvertreter, der einstweilen zur Prozeßführung zugelassen wurde (§. 85 Abs. 1 deutsche C.P.O.), auf eigene Gefahr: bringt er bis zur Zeit der Erlassung des Endurtheils die Genehmigung nicht bei, so ist er ohne Rücksicht auf Verschulden verpflichtet, dem Gegner die durch die einstweilige Zulassung verursachten Kosten und Schäden zu ersetzen[18]).

16) Hiernach haftet der vollmachtlose Stellvertreter nur auf Schadenersatz (negatives Vertragsinteresse), und nur falls der Dritte den Mangel der Vollmacht weder kannte noch kennen mußte (vgl. Schneider Comment. zu Art. 48 und Art. 821). So auch Holland General Jurisprudence p. 204. 234.

17) Gewichtige Bedenken gegen §. 125 erheben Westrum Gutachten aus dem Anwaltstande S. 232 fg. und Zitelmann in der Note 5 angef. Schrift S. 117. Vgl. auch Mitteis S. 169 fg. — Für §. 125 (in diesem Punkt): Jacoby in Grünhut's Zeitschr. XVII S. 168. 169. Vg. Zusammenstellung I S. 195 fg. VI S. 157 fg.

18) Die Berathungscommission hat mit Recht beschlossen, in §. 11 des Einführungsgesetzes einen Zusatz dieses Inhaltes zu §. 85 Abs. 1 C.P.O. aufzunehmen (Jahrb. V S. 264. 265). Vgl. auch §. 38 des österr. Entw. einer C.P.O. (1893).

V.

Nach römischem Recht haftet der mit dem Vermächtniß einer bestimmten Sache Belastete nicht nur im Fall von Dolus Culpa und Mora, sondern auch wenn er durch eigene That (sog. freie Handlung), welche ihm in keiner Weise zur subjektiven Schuld zugerechnet werden kann, die Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hat. Der Onerirte haftet hiernach, auch wenn er von dem ihm auferlegten Vermächtniß nicht Kunde hatte und selbst nach Lage der Umstände nicht Kunde haben konnte, für den durch seine eigene bewußte und gewollte Handlung herbeigeführten Untergang oder Verlust der vermachten Sache; es beschränkt sich jedoch seine Haftung auf den Sachwerth (aestimatio). §. 16 J. de leg. (2. 20) .... si vero heredis servus legatus fuerit et ipse eum manumiserit, teneri eum Julianus scripsit, nec interest, scierit an ignoraverit a se legatum esse. Sed et si alii donaverit servum et is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit, a se eum legatum esse. L. 112 §. 1 D. de leg. I (Marcian.). L. 26 (25) §§. 2. 3 D. ad. Sc. Trebell. 36. 1 (Julian.). L. 41 §. 16 L. 42. 43. D. de leg. I (Ulp.)[1]).

---

1) Ueber diese Stelle, aus welcher man mit Unrecht eine Haftung auf

Worin liegt nun der Rechtfertigungsgrund für diese Haftung ohne Schuld?

Man hat vermeint, denselben in dem vermuthlichen Willen des Testators finden zu können: es sei von den römischen Juristen als dem Willen des Erblassers widersprechend erachtet worden, daß seine Absicht, dem Honorirten einen Vortheil zuzuwenden, durch eine Handlung desjenigen vereitelt werde, dem die Ausführung dieser Absicht auferlegt worden sei (Mommsen Beiträge zum Obl.R. I S. 253. Entwurf eines Gesetzes über Erbrecht 1876 S. 390. 391. Hartmann Die Obligation S. 228 Note 6. Ferrini Teoria generale dei legati e dei fedecommessi 1889 p. 405 sq. 591 sq. und im civil. Archiv LXXVIII S. 332. 334). Ganz abgesehen davon, wie mißlich und unzureichend eine solche conjectura voluntatis ist, führt jedenfalls Julian diese Erwägung (ut voluntas testatoris fiat) nicht zur Rechtfertigung seiner Entscheidung an.

Der Grund dieser Haftung ohne Schuld liegt vielmehr darin, daß nach den Geboten der Ethik jedermann auf eigene Gefahr zu handeln und die Folgen seiner Handlung selbst zu tragen hat. Wer sich in Unkenntniß oder Irrthum befindet, irrt zu seinem Nachtheil. „Irre ich, so irre ich mir" (Buch Hiob XIX 4): die Gefahr des Irrthums muß der Irrende tragen [2]). Diesen Grund giebt denn auch Julian (L. 26 §. 2 cit.) an: ne factum ejus (sc. heredis) alteri (sc. legatario) damnum adferat, und auch Paulus (L. 155

---

das Interesse ableiten wollte (Mommsen Beitr. zum Obl. R. II S. 96. Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 241 fg.), vgl. Windscheid III §. 647 Note 11 und jetzt insbes. Salkowski in der Fortsetzung von Glück's Comment. XLIX (1889) S. 328 fg.

2) Unger in Grünhut's Zeitschr. XV S. 684. 685.

pr. D. de R. J. 50. 17) sagt: Factum cuique[3]) suum, non adversario nocere debet[4]).

Wenn Ferrini (S. 336. 341) dagegen einwendet, es wäre die „logische Folge, daß immer der Schuldner (Onerirte) auch den Zufall tragen müsse", so läßt sich dies mit seinen eigenen Worten (S. 334) zurückschlagen: „Mit nichten! Ein Zufall ... ist keineswegs einer Handlung gleich zu achten, die von dem freien Willen, vielleicht von der Laune desjenigen hervorgebracht wird, der der treue Vollstrecker der letztwilligen Verfügungen hätte sein sollen".

Wie früh und tief in das Rechtsbewußtsein der neueren Juristen (nicht auch der Laien) die Ueberzeugung von der axiomatischen Geltung des Satzes: „ohne Schuld keine Verantwortlichkeit" gedrungen ist, beweist der Umstand, daß der große Donellus und ihm folgend Voët jene billige und billigenswerthe Bestimmung des römischen Rechts aus einer künstlich und willkürlich unterstellten subjektiven Verschuldung des Onerirten ableiten wollten: derselbe sei stets in culpa, da er sich immer die Möglichkeit vor Augen halten müsse, daß der Erblasser in irgend einer noch nicht zum Vorschein gekommenen oder seiner Anordnung gemäß noch nicht geöffneten

3) Hiermit erledigt sich auch der Einwand Ferrini's (S. 335), daß Julian (wie es in diesem Zusammenhange wohl nicht anders möglich war) nur von factum ejus (nicht cujusquam) spricht, ganz abgesehen davon, daß in einer Handschrift cujusquam steht: Mommsen ed. Digest. Vgl Pernice Labeo II S. 274 Note 41. Salkowski S. 330 Note 24.

4) Dieser Paulinische Ausspruch hatte jedoch ursprünglich, wie dies schon Giphanius Comment. de regulis juris ad leg. 155 pr. (edit. Francofurti 1606) p. 561 aus der Inscription der Stelle erkannt hat, eine besondere Beziehung zu dem Interdictum U. P. und daher einen ganz engen, beschränkten Sinn. Vgl. Lenel Edict. perpet. §. 247 Note 6. Palingen. jur. civ. I p. 1082 nr. 758.



Urkunde die Sache jemandem vermacht habe[5]). Bei den modernen deutschen Juristen ist vollends jene Bestimmung fast gänzlich in Vergessenheit gerathen: in den meisten neueren Lehrbüchern der Pandekten wird sie gar nicht erwähnt[6]), und die wenigen Schriftsteller, die ihrer gedenken, sehen darin eine Singularität, die am besten zu beseitigen wäre[7]).

Ist nun aber wirklich jene Bestimmung singulärer Natur und daher nur auf das Verhältniß zwischen Erben und Legataren anwendbar, oder wird sie bloß gelegentlich dieses Verhältnisses in den römischen Quellen zum Ausdruck gebracht, während ihr allgemeine Bedeutung für obligatorische Schuldverhältnisse überhaupt zukommt? Daß aus L. 91 §. 2 D. de V. O. (45. 1) ein sicheres Resultat für die Allgemeingültigkeit jener Bestimmung nicht gewonnen werden kann, mag immerhin zugegeben werden[8]). Da dieselbe aber auf dem Gedanken beruht, daß nicht die

5) Vgl. Salkowski S. 337. 338. Ferrini S. 333.

6) So nicht in den Pandekten von Puchta §. 543. Keller §. 574. Arndts §. 552. Dernburg III §. 99. Baron §. 444. Wendt §. 392.

7) Thibaut Pandekt. 2. Aufl. (1805) §. 759 (8. Aufl. 1834 §. 910). Windscheid III §. 647 vor Note 10. Hartmann Die Obligation S. 228 Note 6. Mommsen Beiträge zum Obl. R. I S. 253. 254. Erbrecht §. 386 und S. 390. 391.

8) In diesem Fragment wird von Paulus die Frage, ob ein in schuldloser Unkenntniß der Obligatio den versprochenen Sklaven tödtender Promissor dem Stipulanten hafte, nur gestellt, nicht auch entschieden. Mit Unrecht beruft sich Salkowski (S. 341) für die Annahme, daß Paulus diese Frage indirekt bejahend beantwortet habe, auf Paul. sent. V. 7 §. 4 (Cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest ac si ea res exstaret), da sich unmittelbar daran der Satz schließt: Ideo promissor aestimatione ejus punitur, maxime si in dolum quoque ejus concepta fuerit stipulatio. Vgl. Paul. L. 91 pr. D. de V. O. Pompon. L. 23 D. eod. L. 5 D. de R. C. (12. 1). Ueber L. 91 §. 2 D. cit. vgl. Pernice Labeo II S. 272 fg. Ferrini S. 329 fg.

Gegenpartei, sondern der Irrende seinen Irrthum selbst zu büßen habe, so muß ihr Gültigkeit und Anwendbarkeit in Ansehung obligatorischer Schuldverhältnisse prinzipiell zugesprochen werden, „der Schuldner und nicht der Gläubiger hat die Folgen des Irrthums zu tragen" (Salkowski, S. 341. 381 [9]). Daß hierin nicht eine Unbilligkeit gegen den Schuldner liegt, daß vielmehr die entgegengesetzte Behandlungsweise zu einer Härte gegen den Gläubiger führen müßte, zeigt die Betrachtung folgender Fälle. Der Erbe des Verkäufers einer bestimmten Sache vernichtet in schuldloser Unkenntniß des stattgefundenen Verkaufs (L. 42 D. de R. J.) die verkaufte Sache: soll er unter Anwendung des Grundsatzes: periculum rei venditae pertinet ad emtorem den Kaufpreis fordern resp. behalten dürfen [10])? Der Erblasser vermacht von zwei in seinem Nachlaß befindlichen Pferden das Pferd A, ändert aber in einem erst nachträglich zum Vorschein gelangenden oder auf sein Geheiß (cf. L. 89 §. 7 D. de leg. II L. 26 §. 2 D. ad Sc. Trebell. 36! 1) erst später zu eröffnenden Codizill jenes Vermächtniß dahin ab, daß das Pferd B dem

9) Salkowski S. 317 fg. 336 fg. 350 fg. hat zuerst diese Haftung ohne Schuld tiefer begründet und ihre prinzipielle Geltung für obligatorische Schuldverhältnisse dargethan (dagegen m. E. ohne Grund und Erfolg Ferrini im civ. Arch. LXXVIII Nr. 9 S. 320 fg.). Uebrigens hat schon Cohnfeld Lehre vom Interesse (1865) S. 241 bemerkt, daß die schuldlose Haftung des Onerirten „ganz in Uebereinstimmung mit den für Obligationen überhaupt geltenden Grundsätzen" stehe. Vgl. auch Brinz Pandekt. II² S. 327. Note 20.

10) Vgl. Salkowski S. 347. 348. Noch greller würde sich dieser Fall gestalten, wenn die von Czyhlarz Die Eigenthumserwerbsarten (in der Fortsetzung von Glück's Commentar) I S. 266 fg. 284 mit Grund bekämpfte Ansicht richtig wäre, daß es eine Spezifikation der eigenen Sachen im juristischen Sinne giebt: hiernach würde der Erbe des Verkäufers, der in schuldlosem Irrthum die verkaufte Sache spezifizirt, dieselbe behalten und überdies den Kaufpreis fordern resp. behalten können! Vgl. auch Salkowski S. 321.

Legatar zu entrichten ist (translatio legati L. 6 pr. §. 2 D. de adim. leg. 34. 4): soll nun der Erbe, der bona fide das Pferd B todt oder lahm geritten hat, das Pferd A mit der condictio indebiti (L. 2 §. 1 D. h. t. 12. 6 Paul. S. III 6 §. 92) zurückfordern dürfen, ohne seinerseits die Aestimation oder die Werthminderung des Pferdes B prästiren zu müssen? Der Erbe des Schuldners einer zur Gebrauchsleihe[11]) empfangenen Sache hält dieselbe schuldloser Weise

11) Anders verhält sich dies im Fall eines Depositum (arg. L. 1 §. 47 D. depos. 16. 3): der Grund hiervon liegt theils in der ursprünglichen Deliktsnatur dieser Obligatio (Jhering Schuldmoment S. 30 fg.), theils darin, daß ein Schuldner, der aus fahrlässiger Schuld nicht haftet, um so weniger aus schuldlosem Verhalten haften kann. Die Erklärung, welche Salkowski S. 345 giebt, scheint mir nicht befriedigend (vgl. dagegen auch Ferrini S. 336) und in Ansehung des Commodats zu einer unrichtigen Entscheidung zu führen. Auf die Worte vel commodatam in L. 1 §. 47 cit. darf man sich mit Salkowski deshalb nicht berufen, da ja der Commodatar in der Regel für omnis culpa haftet (L. 5 §§. 2. 3. 15. L. 10 pr. L. 18 pr. D. commod. 13. 6. L. 1 §. 4 D. de O. et A. 44. 7. §. 2. J. quib. mod. re 3. 14) und die formula in factum concepta sich von jener für das Depositum gerade durch den Wegfall der Worte dolo malo unterschied (Lenel Edict. perp. §. 98 S. 200). Da L. 1 §. 47 cit. mit den Worten beginnt: quia autem dolus duntaxat in hanc actionem venit, so kann es sich bei dem in dieser Stelle erwähnten Commodat nur um einen solchen Fall handeln, in welchem der Commodatar ausnahmsweise nur für Dolus haftet. L. 5 §. 10. L. 10 §. 1 L. 12 pr. D. com. 13. 6. (Diese Erklärung verwirft Ramos del Manzano in seiner Commentatio ad. leg. 1 §. ult. D. depos. bei Meermann Thesaurus tom. VII p. 35 fg. als eine interpretatio quae divinat, und schlägt vor, statt rem commodatam zu lesen rem commendatam; cf. L. 18 D. de V. S. 50. 16. Auch Mommsen in seiner Ausgabe der Digesten bemerkt zu dem Worte commodatam: vix est Ulpiani) — Bei Condictionen auf Rückgabe einer sine causa empfangenen Leistung haftet der Schuldner, wenn er in schuldloser Unkenntniß des Condictionsgrundes den Untergang der Sache herbeiführt, deshalb nicht, weil mangels der Bereicherung die aequitas condictionis nicht vorhanden ist. L. 65 §. 8 D. de cond. ind. L. (12. 6). L. 39 D. de m. c. don. (39. 6). Salkowski S. 345. Pernice Labeo II S. 273. Unbegründet ist die Einwendung von Ferrini S. 335. 336:

(L. 42 D. de R. J.) für eine Erbschaftssache und vernichtet oder schädigt sie: soll dies auf Gefahr des Commodanten gehen? Andererseits kann jene Behandlungsweise dem Onerirten sowie dem Erben eines Schuldners auch zum Vortheil gereichen, indem er im Fall einer Veräußerung der vermachten oder sonst geschuldeten Sache in schuldloser Unkenntniß des Sachverhalts dieselbe nicht um jeden Preis zurückverschaffen muß, sondern sich durch Leistung des Sachwerths oder des empfangenen Kaufpreises befreien kann (L. 89 §. 7 D. de leg. II L. 1 §. 47. L. 2. 3 D. depos. 16. 3)[12]).

Die Regel: nemo suo se facto obligatione liberare alterique damnum adferre potest[13]) hat sich in der französischen Jurisprudenz stets lebendig erhalten und ist denn auch in den Code civil (und von hier aus in den Codice civile italiano) übergegangen und zwar nicht bloß für Vermächtnisse, sondern für Schuldverhältnisse überhaupt. Nach Art. 1042 Code civil (art. 893 Cod. civ. ital.) „verfällt" (?) das Legat, wenn die vermachte Sache nach dem Tod des Erblassers sans le fait et la faute (senza fatto o colpa; badisches Landr. Art. 1042: „ohne Zuthun oder Verschulden")

---

die bona fides ist nur ein negatives Erforderniß, indem der Empfänger der indebite gemachten Leistung trotz Mangels der Bereicherung haftet, wenn und weil er sciens posse sibi condici den Untergang der Sache herbeigeführt hat.

12) Salkowski S. 381 fg. Vgl. jedoch auch Ferrini S. 325 fg.

13) Diese Formulirung stammt (vgl. Salkowski S. 340 Note 40) von Vinnius Comment. ad Instit. (Lugduni 1767) ad §. 16 J. de leg. (I p. 503) her. (Ueber den holländischen Juristen Vinnius 1588—1657 vgl. Rivier Introd. histor. au droit romain 1881 p. 607 und Teichmann in Holtzendorff's R. L. IV[3] S. 1149). Auf den Einfluß, den Vinnius auf Pothier (1699—1772; vgl. über ihn Ratjen in der Zeitschr. f. geschichtl. R. W. VIII S. 280. 281. Rivier S. 618. Teichmann III S. 114. 115) und dieser bekanntlich auf den Code civil geübt hat, macht Ferrini S. 337 aufmerksam. Vgl. auch Rodière Les grands jurisconsultes (1874) p. 374 sq.

des Erben zu Grunde geht[14]). Nach Art. 1245 Code civil (art. 1247 Cod. civ. ital.) haftet der Schuldner für solche Verschlechterungen der Sache nicht, qui ne viennent point de son fait ou de sa faute und nach Art. 1147 Code vivil (art. 1225 Cod. civ. ital.) ist der Schuldner, der seine Verbindlichkeit nicht oder nicht zur gehörigen Zeit erfüllt, zum Schadenersatz zu verurtheilen, wenn er nicht beweist, daß die Nichterfüllung provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. In Art. 1302 Code civil (art. 1298 Cod. ital.) heißt es allerdings nur, daß die Verbindlichkeit erlischt, si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur (senza colpa del debitore): allein die französische Jurisprudenz ist darüber einig, daß dieser Art. 1302 doit évidemment être complété par l'article 1245[15]), daß also der Schuldner auch im Fall des Untergangs der geschuldeten Sache nicht nur für subjektives Verschulden, sondern auch für schuldloses „Zuthun" haftet[16]). Und ebenso einstimmig ist

14) Auf die in mancher Beziehung fehlerhafte Fassung dieses Artikels (Demolombe Cours de Code Napoléon XXII p. 295. 296. Acollas Manuel de droit civil. II² p. 598. 599. Mourlon Répétitions de Code Napoléon II⁹ 1873 p. 458) näher einzugehen, ist hier kein Anlaß.

15) Cours XXVIII p. 587 Zachariä Handb. des französ. Civilr. II § 332 (unter Berufung in Note 5 auf L. 91 §. 2 D. de V. O.). Mourlon II p. 774.

16) Gerade auf das Fehlen der Worte: le fait ou (la faute) in Art. 1302 stützt sich der Versuch Ferrini's S. 337 fg., in Widerspruch mit der gesammten französischen und italienischen Jurisprudenz sowohl für Vermächtnisse wie für sonstige Schuldverhältnisse die Regel: „Keine Haftung ohne subjektive Schuld" zur Geltung zu bringen. Zu diesem Ende interpretirt er die Worte fait ou faute im Sinn von „schuldvolle That oder Vernachlässigung (Unterlassung). Diese Auslegung ist nicht nur willkürlich, sondern unmöglich. Da ein doppelter Eintheilungsgrund ein logischer Fehler wäre, so können jene Worte nur entweder beide auf das objektive,

die französische Jurisprudenz in der Anerkennung der in dieser Regel enthaltenen Aequitas, wie dies am schärfsten und klarsten der von Ferrini (S. 338) angeführte Larombière, Théorie et pratique des obligations I p. 524, thut: l'équité veut en effet que celui-là subisse le dommage qui l'a causé, de préférence au créancier qui l'a souffert, sans avoir à se reprocher ni faute, ni imprudence[17]).

Wie verhält sich hierzu nun der deutsche Entwurf?

In erster Lesung enthielt derselbe (§. 241) die durchgreifende, daher auch auf die Vermächtnißschuld anwendbare Vorschrift, daß die „Unmöglichkeit als durch einen von dem Schuldner nicht zu vertretenden Umstand herbeigeführt gilt,

---

oder beide auf das subjektive Moment bezogen werden. Im letzteren Fall bedeutet fait das schuldlose, faute das schuldbare Handeln; im ersteren Fall bedeutet fait das Thun, faute das Unterlassen, womit aber für die Ansicht Ferrini's nichts gewonnen wäre, da mangels einer einschränkenden Qualification (lege non distinguente) das Thun oder Unterlassen sowohl als schuldloses wie als schuldbares verantwortlich machen würde. Das richtige Verständniß für die Bedeutung der Ausdrücke fait und faute ergiebt sich aus Art 1382: Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Hier bedeutet fait das positive Thun (factum), während im darauf folgenden Artikel das schuldbare Unterlassen (culpa in non faciendo) nach einem alten Sprachgebrauch (cf. L. 91 pr. D. de V. O. 45. 1), der sich auch bei Donellus findet, négligence genannt wird (chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.)

17) In der von mir benützten nouvelle édition (Paris 1885 7 vol.) findet sich diese Stelle in Bd. II S. 8. Angesichts des gleichen Ausspruchs der übrigen von Ferrini angeführten Schriftsteller (Duranton, Toullier, Aubry und Rau, Laurent), zu denen ich noch Demolombe und Mourlon hinzufüge, klingt es wunderlich, wenn dem gelehrten Herausgeber der Paraphrasis des Theophilus im Eifer des Streites die Aeußerung entfährt, daß die Ueberzeugung von der Billigkeit dieser Vertheilung der Schadenlast „wohl (nur) die Gesinnung der juristisch ungebildeten Menschen sein wird; nicht aber derjenigen, die sich mit solchen Lehren beschäftigen" (S. 341).

wenn sie dadurch herbeigeführt ist, daß der Schuldner sich in Ansehung des Schuldverhältnisses in einem entschuldbaren Irrthume befunden hat". In den Motiven (II S. 51) wird zur Rechtfertigung dieser auch in formeller Beziehung mißlungenen Bestimmung[18]) ausgeführt, daß „der Schuldner, nach der prinzipiellen Auffassung des Entwurfs, wegen der gänzlichen oder theilweisen Nichterfüllung nur im Falle eines Verschuldens haftet, vorbehaltlich der Fälle, in welchen er Garantie besonders übernommen oder kraft Gesetzes zu leisten hat", und daß die Vorschrift des §. 241 „schon in dem höheren Prinzipe des Entwurfs selbst liegt". Aber das ist ja eben die Frage, ob nicht genügende Gründe dafür vorhanden sind, um von jenem „höheren Prinzipe", das doch auch im römischen und im französischen Rechte gilt, eine Ausnahme zu machen. Die Anordnung des §. 241 ist von Bolze (im civil. Archiv LXXIV S. 102. 103)[19]) und Jacoby (in den Annalen des Deutschen Reiches 1890 S. 46. 47) und nunmehr auch von Salkowski (S. 349) angefochten, dagegen von Ferrini (S. 341) gebilligt worden.

18) Laband im civil. Archiv LXXIII S. 197. Gierke Der Entwurf S. 30.

19) Ihm schließt sich Bähr Gegenentwurf II S. 53 Anm. an. Bolze bemerkt mit Recht, daß die Frage nicht dahin zu stellen ist, ob den Schuldner ein subjektives Verschulden treffe, sondern wer die Gefahr der sog. freien Handlung (die Gefahr des Irrthums) zu tragen habe Dagegen ist es nicht richtig, wenn Bolze die Antwort dahin formulirt, „daß ich (als Schuldner) dafür einstehen muß, daß ich mir bewußt bleibe, ich schulde den Gegenstand, welchen ich zu leisten habe". Hiermit würde einerseits gerade der Fall nicht getroffen, daß der Onerirte in schuldloser Unkenntniß des Vermächtnisses oder der Erbe des Schuldners in vorwurfsfreier Unkenntniß der Verpflichtung des Erblassers die vermachte oder die vom Erblasser verkaufte oder zur Gebrauchsleihe empfangene Sache vernichtet oder veräußert. Andererseits müßte der Onerirte oder der Schuldner für Vernichtung oder Beschädigung der vermachten oder geschuldeten Sache durch bloße Unabsichtlichkeit einstehen, während er nur für positives Handeln

Bei der zweiten Lesung des Entwurfs wurde — wie dies schon Seuffert (Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung Heft 11 S. 18) empfohlen hatte, weil „§. 241 einen Lehrsatz, aber keine in ein Gesetz gehörige Vorschrift bringt" — dieser Paragraph gestrichen, da „diese Vorschrift theils selbstverständlich, theils ungenau sei" (Jahrb. II S. 864)[20]. Aus dieser Motivirung geht hervor, daß die Commission zur Berathung des Gesetzbuchs sich über die eigentliche Bedeutung und Tragweite dieser Frage wohl nicht klar geworden ist. Immerhin ist durch die Streichung des §. 241 so viel gewonnen, daß der richtigen und billigen Behandlung solcher Fälle der Eingang in Theorie und Praxis durch das Gesetzbuch nicht mehr verschlossen ist. Die Vorschrift des §. 233 Abs. 1 Entw. II[21]) (§. 224 Abs. 1 Entw. I) wird dem nicht im Wege stehen. Denn die Frage ist nicht die, ob dem Schuldner dolus oder culpa zur Last fällt, sondern ob der Umstand, durch welchen die Leistung unmöglich wurde, von ihm zu vertreten ist oder nicht (Entw. II §. 238[22]) Entw. I

(factum), also für spontanes bewußtes Gebahren mit der Sache verantwortlich ist (Salkowski S. 327).

20) Etwas ausführlicher lautet der Bericht über die Commissionsberathung in den Beitr. II S. 874: Die Vorschrift sei, soweit sie richtig sei, selbstverständlich; zudem schließe auch außer dem Falle der Nichtkenntniß der Verbindlichkeit der Irrthum unter Umständen die Fahrlässigkeit aus, z. B. bei einer Verwechslung, in Folge deren der Schuldner die geschuldete Sache für eine andere hielt, so daß er in dieser irrigen Meinung über sie verfügte". Allein auch eine solche „Verwechslung" fällt ja doch unter die Kategorie der Unkenntniß (des Irrthums) über den Gegenstand der Verbindlichkeit und somit über diese selbst (vergl. Salkowski S. 384).

21) „Der Schuldner hat, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, Vorsatz und die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (Fahrlässigkeit) zu vertreten".

22) „Ist streitig, ob die eingetretene Unmöglichkeit die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den

§. 239)[23]: Wer würde daran zweifeln, daß der Onerirte oder der Promittent, welcher den vermachten oder versprochenen Hund, der von Wuthkrankheit befallen wird, tödtet, diesen Umstand nicht zu vertreten und daher trotz seiner „vorsätzlichen" Handlung frei von Haftung ist? L. 53 §. 3 D. de leg. I. L. 96 D. de V. O. (45. 1)[24].

Schuldner". Vgl. hierzu Entw. II §. 232: „Der Schuldner ist von der Verpflichtung zur Leistung befreit, soweit die Leistung in Folge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen, von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist".

23) Vgl. zu diesem Paragraph Zusammenstellung II S. 36 VI S. 237.

24) Um so mehr ist natürlich auch der Erbe, der dies in Unkenntniß des Vermächtnisses thut, haftfrei. Salkowski S. 327. 328.

VI.

Der Grundsatz, daß, wer irrt, zu seinem eigenen Schaden irrt und die nachtheiligen Folgen seines Irrthums nicht schuldlosen Dritten auflasten darf, kommt noch in folgenden Fällen zur Anwendung.

1. Selbsthilfe ist erlaubt oder doch entschuldigt, wenn ohne dieselbe ein unwiederbringlicher Verlust entstehen würde (cf. L. 10 §. 16 D. quae in fraud. credit. 42. 8) [1]. Hiernach ist es zulässig, eine Sache wegzunehmen oder den Verpflichteten festzunehmen, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen und Gefahr des Verlustes vorhanden ist (deutscher Entw. II §§. 193. 194). Die Beurtheilung des Vorhandenseins der Voraussetzungen für die rechtliche Zulässigkeit der Selbsthilfe im gegebenen Falle ist Sache desjenigen, der sie anwenden will: irrt er hierin, so hat er die Folgen seines Irrthums zu tragen. Die Anwendung der Selbsthilfe erfolgt auf seine Gefahr: Eigenmacht — Eigengefahr. Eine Vorschrift dieses Inhalts ist in anerkennenswerther Weise bei der zweiten Lesung des deutschen Entwurfs in denselben aufgenommen worden (§. 195 Jahrb. II S. 723. Beitr. II S. 675) [2].

In gleicher Weise wird in jenen Ländern, in welchen sich

---

1) Vgl. Meibom Das deutsche Pfandrecht S. 221. Wendt Das Faustrecht S. 226.

2) Auch Hölder im civ. Arch. LXXX S. 52 billigt diese Vorschrift.

das deutschrechtliche Institut der eigenmächtigen Pfändung (insbesondere von Thieren) erhalten hat[3]), dieselbe auf Gefahr des Pfändenden vorgenommen. Wird also in Folge irrthümlicher Veranschlagung des angerichteten Schadens die Privatpfändung in übermäßiger Weise vorgenommen, so ist der Pfandnehmer dafür unbedingt verantwortlich[4]).

2. Begeht jemand eine schädliche Handlung in dem entschuldbaren Irrthum, daß dieselbe nicht widerrechtlich sei, so läßt sich eine Ersatzpflicht ex delicto allerdings nicht konstruiren, da unter diesen Umständen durch den guten Glauben die subjektive Schuld ausgeschlossen ist[5]). Hiermit ist jedoch, wie Bolze (in der Zeitschr. für deutschen Civilprozeß XIII S. 282) mit Recht bemerkt, die Sache für die legislative Behandlung nicht abgethan. Eine gerechte Vertheilung der Schadenlast fordert vielmehr, die Frage dahin zu stellen, wer die Gefahr des Irrthums zu tragen habe? Die Antwort darauf kann wohl nicht zweifelhaft sein. Wenn jemand im entschuld-

---

3) Der deutsche Entwurf hat dieses Institut (vgl. Meibom S. 198 fg. 223 fg. Stobbe Deutsches Privatr. I² S. 590 fg. Heusler Institut des deutschen Privatr. II §. 117. Brunner Deutsche R.G. II §. 123 nicht recipirt (vgl. dagegen schweizer. Obl.R. Art. 66. Bähr Gegenentwurf §. 187), sondern die Beibehaltung und Regelung desselben den Landesgesetzgebungen vorbehalten. Entw. des Einführungsges. Art. 62 (Motive S. 187 fg.)

4) Vgl. Wilda in der Zeitschr. für deutsches Recht I S. 235. 288 fg. Dies gilt auch nach österr. Recht (§§. 1321. 1322), welches in dieser Beziehung überhaupt ganz auf deutschrechtlichem Boden steht (Wilda S. 259) und durchwegs aus dieser Quelle interpretirt werden muß (System II S. 343; die Darstellung von Burkhard System des österr. Privatr. II S. 546 fg. ist m. E. ganz vergriffen). Vgl. auch preuß. Landr. I 14 §. 425. §. 462. Dernburg Preuß. Privatr. I §. 123 a. E. will jedoch „nach allgemeinen Grundsätzen" nur im Fall schuldhafter unrechtmäßiger Pfändung Ersatzpflicht eintreten lassen.

5) Vgl. Stölzel im civ. Arch. XXXIX S. 67 fg. Pernice Sachbeschädigung S. 194 fg. Labeo II S. 257. Windscheid II §. 455 Nr. 3.

baren Irrthum, daß dies vom Eigenthümer dem Publikum gestattet sei, über eine fremde Wiese reitet oder in einem fremden Garten oder Walde Blumen oder Früchte pflückt; wenn jemand verzeihlicher Weise eine fremde Sache mit der seinigen verwechselt und dieselbe zerstört oder beschädigt; wenn der Eigenthümer in entschuldbarer Unkenntniß eines an seiner Sache bestehenden Rechts dieselbe vernichtet: soll in diesen und ähnlichen Fällen der schuldlose Beschädigte die Kosten des fremden Irrthums tragen? Gerechtigkeit und Billigkeit fordern, daß der wenngleich in entschuldbarem Irrthum Handelnde den angerichteten Schaden kraft Rechtens (ex lege) zu ersetzen verpflichtet sei[6]).

Der deutsche Entwurf enthielt in erster Lesung (§. 707) folgende Bestimmung: „Ist die beschädigende Handlung von demjenigen, welcher sie begangen hat, aus entschuldbarem Irrthum für erlaubt gehalten worden, so ist derselbe zum Schadenersatze nicht verpflichtet"[7]). Bei der zweiten Lesung wurde diese Vorschrift, welche von mehreren Seiten aus verschiedenen Gesichtspunkten angefochten worden war[8]), zwar gestrichen, aber aus dem Grunde, „weil man in ihr lediglich eine selbstständliche Folgerung aus dem in den §§. 704. 705 Entw. I (§§. 746. 749 Entw. II) aufgestellten Erfordernisse eines Verschuldens erblickte" (Jahrb. V S. 247). Auf dem Boden des deutschen Entwurfs erscheint eine solche (ausdrückliche oder selbstverständliche) Bestimmung um so mißlicher, als nach demselben auch der Rechtsirrthum unter Umständen für ent-

6) Vgl. auch Sourdat Traité de la responsabilité I nr. 441 p. 483.

7) Ebenso Bähr Gegenentwurf §. 792. Die ähnliche Vorschrift des bayer. Entw. Art. 55 Nr. 3 ist doch wesentlich eingeschränkt und erheblich abgeschwächt.

8) Zusammenstellung II S. 403. VI S. 511 fg.

schuldbar gilt[9]). Es kann sich daher leicht ereignen, daß jemand eine verbotene Handlung in entschuldbarer Unkenntniß der betreffenden polizeilichen Vorschrift vornimmt und somit zwar straffällig, aber dennoch nicht ersatzpflichtig wird. Die Versicherung der Motive (II S. 731), daß nur „äußerst selten eine Disharmonie mit strafrechtlichen Grundsätzen eintreten wird", vermag keine Beruhigung zu gewähren, da eine solche Discrepanz bei der großen Menge polizeilicher Verbote leicht eintreten kann und in jedem einzelnen Falle gewiß peinlich empfunden werden wird[10]).

Ich bin daher der Meinung, daß es sich empfehlen würde, in den Entwurf eine Bestimmung des Inhalts aufzunehmen, daß die Ersatzpflicht dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß die schädliche Handlung im guten Glauben, hierzu berechtigt zu sein, vorgenommen wurde.

---

9) §. 146 Entwurf I ist zwar in zweiter Lesung gestrichen, aber in der Sache beibehalten worden. Jahrb. II S. 68. Beiträge II S. 438.

10) Vgl. insbes. Liszt in Becker und Fischer Beiträge Heft 4 S. 41. Saleilles Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand (1890) p. 358. In den Bemerkungen der schwerinischen Regierung I S. 143 heißt es dagegen, daß es „ungeachtet der erhobenen Einwendungen keinem (?) Bedenken unterliegen dürfte, es bei dem §. 707 zu belassen".

VII.

Es ist eine praktisch überaus wichtige Frage, ob der Schuldner, welcher sich zur Ausführung der ihm obliegenden Leistung fremder Kräfte bedient, für das Verschulden seiner Gehilfen unbedingt einstehen muß, oder ob er nur für sein eigenes Verschulden in der Auswahl und Beaufsichtigung derselben zu haften hat [1]). Auf dem Boden des römischen Rechts gehört diese Frage bekanntlich zu den bestrittensten [2]). Die herrschende Ansicht glaubt bei der Gesammtüberschau der zahlreichen hier in Betracht kommenden Aussprüche der römischen Quellen [3]) zu dem Resultate gelangen zu müssen, daß „ein unbedingtes Einstehen für die Facta der Gehilfen nicht behauptet werden kann" (Wendt Pandekt. S. 559). Es läßt sich jedoch nicht verkennen, daß dieses Resultat weder den veränderten Verkehrsbedürfnissen, noch dem heutigen Rechtsbewußtsein entspricht. Man hat daher auf verschiedenem Wege und durch Aufstellung verschiedener Theorien

1) Vgl. zu dieser Frage Steinbach Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz der Vermögensschäden (1888) S. 36 fg. Mataja Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie (1888) S. 38 fg. 72 fg.

2) Die umfangreiche Literatur bei Windscheid Pandekt. II §. 401 Note 5.

3) Eine Zusammenstellung und Wiedergabe derselben bei Ubbelohde in der Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 206—216. Ueber L. 149 D. de R. J. (50. 16), auf welche man sich öfters beruft, vgl. Goldschmidt in der Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 345 fg.

versucht, schon dem römischen Recht die aus praktischen Gründen postulirte unbedingte Haftung des Schuldners für seine Gehilfen abzugewinnen[4]). Insbesondere hat man geglaubt, in einigen Quellenstellen (namentlich in der vielbesprochenen L. 25 §. 7 D. loc. 19. 2)[5]) einen Anhaltspunkt finden zu können, um daraus wenigstens für den praktisch wichtigsten Fall der Werkverdingung (locatio conductio operis) das unbedingte Einstehen des Unternehmers für Verschulden seiner Angestellten und Arbeiter bei Ausführung des Unternehmens ableiten zu können. Diese unbedingte Haftung des Unternehmers schreibt der Code civil a. 1797[6]) und ausnahmsweise auch das preuß. Landrecht (I 11 §. 930)[7]) vor, während das österr. bürg. Gesetzb. (§. 1161) es auch in diesem Fall[8]) bei der regelmäßigen Haftung für culpa

---

4) Eine lichtvolle Uebersicht dieser Theorien hat Enneccerus in seinem Vortrage auf dem 17. Juristentage gegeben; Verhandl. II S. 95 fg.: gegen dessen eigene Theorie (S. 102 fg.) vgl. Windscheid Pand. II §. 401 Note 5.

5) Vgl. darüber einerseits Windscheid (Note 61), andererseits Dernburg Pandekt. II §. 38 Note 8 und Lehmann in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. XXII. S. 118 fg. Auf die durch die Abhandlung von Baron im civ. Archiv LII Nr. 2 (vgl. Pandekt. 7. Aufl. §. 237) in den Vordergrund gerückte schwierige Frage der Custodia im technischen Sinne näher einzugehen, ist hier nicht der Ort. Vgl. darüber insbes. die gekrönte Preisschrift von Bruckner Die Custodia nebst ihrer Beziehung zur vis major (1889) und dazu jetzt Hellmann in der Krit. Viertelj. XXXIV S. 45 fg. Biermann in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. XXV S. 33 fg.

6) L'entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie. Die französische Jurisprudenz wendet die auf Delikte der Gehilfen sich beziehende Vorschrift des a. 1384 allgemein auch auf Vertragsverletzungen derselben an. Vgl. Goldschmidt in der Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 377. Schneider Comment. zu Art. 115 Nr. 4.

7) Dernburg Preuß. Privatr. II §. 68 Nr. 2 §. 200 Nr. 1.

8) Zeiller Comment. III S. 506: „Der Unternehmer haftet für ein Verschulden in der Auswahl der Person, wenn ihm die Ernennung

eines Gehilfen ausdrücklich oder stillschweigend in jenen Fällen zugestanden wird, da ein Werkmeister oder Gewerbsmann bekanntermaßen sich auch fremder Hilfe von Gesellen, Lehrjungen und andern untergeordneten Arbeitern z. B. bei einem Baue bedienen muß." Dies ist denn auch die herrschende Lehre; so z. B. Stubenrauch (Comment. noch in der 4. Aufl. II S. 475). In neuester Zeit hat Schreiber Der Arbeitsvertrag (1887) S. 64 fg. und in der von ihm und Schuster mit Einsicht und Umsicht besorgten 5. Aufl. von Stubenrauch's Comm. (II S. 496 fg.) die Behauptung aufgestellt, daß der Unternehmer für das Verschulden seiner Leute unbedingt hafte. Seine Argumentation, welche im Wesentlichen mit den Ausführungen von Burchardi Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen S. 131 fg. 145 fg. übereinstimmt, stützt sich in erster Linie darauf, daß der Gehilfe das Werkzeug (Organ), „die ideelle Verlängerung des Armes" des Werkmeisters, die Handlung des Gehilfen also juristisch die eigene Handlung desselben sei und daß der Unternehmer den Gehilfen ebenso wie das Werkzeug auf seine Gefahr wähle. Abgesehen davon, daß es nicht angeht, den willensbegabten selbstthätigen Gehilfen einem leblosen mechanischen Werkzeug gleichzustellen (vgl. Leonhard Gutachten S. 383. Mataja S. 40), ist es nicht richtig, daß der Unternehmer das mechanische Werkzeug schlechthin auf seine Gefahr wählt: er haftet vielmehr nur für ein Verschulden in der Auswahl und Handhabung desselben. L. 13 § 1 D. loc. 19. 2 cf. L. 5 §. 7 D. commod. (13. 6). Vgl. Enneccerus Verhandl. II S. 110. Auch würde ja bei jener Annahme die Konsequenz dahin führen, daß der Unternehmer nicht nur für das Verschulden seines Gehilfen, sondern auch für jeden Schaden haften müßte, der durch einen in der Person desselben eingetretenen Zufall herbeigeführt wird. Und warum sollte jene Gleichstellung auf den Werkvertrag beschränkt bleiben? Auch der Commodatar, der die geliehene Sache durch seinen Diener zurückstellt, restituirt mit der „ideellen Verlängerung des Armes" (longa manu) und müßte daher für ein Verschulden desselben unbedingt haften. Dagegen sagte Zeiller (Protokolle II S. 39) bei der Berathung über den sog. Urentwurf (westgal. Gesetzb.) III §. 92, worin der Fall der L. 10 §. 1. — L. 12 pr. D. comm. (13. 6) behandelt ist, daß es darauf ankomme, „ob und durch wessen Verschulden wegen einer üblen Wahl des Ueberbringers oder ob durch einen Zufall die Sache verloren gegangen ist". Vgl. auch L. 20 D. cit. (13. 6). L. 20 §. 2 D. de praescr. verb. (19. 2). In zweiter Linie stützt sich Schreiber (S. 68. 69) darauf, daß bei dem Werkvertrag der Uebernehmer das Werk herzustellen hat, also für den Erfolg einsteht, daher derselbe auch für den durch Verschulden der Arbeiter dem Besteller zugefügten Schaden haften muß. Allein aus jener Verpflichtung ergiebt sich nur, daß das

(lata?) in eligendo et inspiciendo (§. 1315. §. 264) bewenden läßt[9]). Auch der 17. deutsche Juristentag hat es als seine Rechtsüberzeugung ausgesprochen, daß „in obligatorischen

Verschulden der Arbeiter den Unternehmer um den ausbedungenen Lohn bringen kann (L. 36. 37. 62 D. loc. 19. 2; Windscheid Pandekt. II §. 401 Note 9), nicht auch daß derselbe überdies für den von jenen angerichteten Schaden aufzukommen hat. Gegen diese sog. Erfolgtheorie vgl. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 94 fg.; Goldschmidt in der Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 359 fg.; vgl. jedoch auch Leonhard Gutachten S. 355. 356. — In der eben im Erscheinen begriffenen 6. Auflage von Stubenrauch's Commentar II S. 380 fg. reproduziren die Herausgeber ihre früheren Ausführungen und begnügen sich mit der Registrirung des in diesen Noten erhobenen Widerspruchs. Steinbach Ersatz von Vermögensschäden S. 50, den dieselben als „zustimmend“ anführen, beschränkt sich darauf, die Frage als eine „freilich erst in neuester Zeit“ für das österr. Recht „streitige“ zu bezeichnen, ohne selbst Stellung zu nehmen. Räthselhaft bleibt es, wie Krainz-Pfaff System II 2 S. 294 die unbedingte Haftung des Werkmeisters für seine Gehilfen durch Zuhilfenahme des §. 1311 a. b. G. B. begründen zu können vermeint, da man nach diesem §. nur für den Zufall haftet, den „man durch ein Verschulden veranlaßt“.

9) Diese Frage ist jedoch seit den Ausführungen von Pfaff Gutachten S. 80 fg. streitig: ich gehe hier nicht näher darauf ein und beschränke mich auf die Bemerkung, daß dem §. 1315, der sich zunächst auf Delikte von Gehilfen des Geschäftsherrn bezieht, in der Erstreckung und Anwendung auf Vertragsverletzungen durch dieselben doch kein anderer Sinn und keine andere Tragweite beigelegt werden kann. Krasnopolski (in der krit. Viertelj. XXII S. 510) hat freilich die Meinung ausgesprochen, daß der Geschäftsherr selbst für Delikte seiner Gehilfen nach §. 1315 unbedingt hafte, da die Verfasser des Gesetzbuchs den Rechtfertigungsgrund für die Vorschrift dieses § darin sehen, daß „der Besteller die erste entfernte Ursache des Schadens“ ist. Da aber in den Protokollen (edit. Ofner II S. 440) zufälliger Weise unmittelbar vorher von der Meinung eines Mitgliedes die Rede ist, daß „nicht der Besteller, sondern der Bestellte die eigentliche Ursache des Schadens ist“, so ergiebt sich daraus, daß hier unter „Ursache“ der Grundregel (§. 1295) gemäß schuldbare Verursachung zu verstehen ist. Man sieht hieraus, von welchen Zufällen die Belehrung abhängt, welche aus den Protokollen zu schöpfen ist. Die Protokolle, durch deren Veröffentlichung Ofner sich jedenfalls ein Verdienst erworben hat (vgl. Krasnopolski in Grün-

Verhältnissen der Arbeitgeber für jedes von seinen Arbeitern in Ausführung der ihnen übertragenen Verrichtungen begangene Verschulden" zu haften hat[10]). In allgemeiner und durchgreifender Weise ordnet nach dem Vorgang des zürich.

hut's Zeitschr. XIX S. 756 fg.), werfen zwar hin und wieder ein interessantes Streiflicht auf die Entstehung und Bedeutung einer Gesetzesstelle, aber ihre richtige und ersprießliche Benützung und Verwerthung ist Sache des juristischen Taktes und wie die Hermeneutik überhaupt eine Kunst. Keinesfalls können die Protokolle, deren Veröffentlichung bei ihrer Abfassung nicht in Aussicht genommen war und für deren Genauigkeit und Vollständigkeit keinerlei Gewähr vorhanden ist, eine Fessel für die freie Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Gesetzes bilden, welches „weiser sein kann als der Gesetzgeber": nichts wäre gefährlicher (und hierin glaube ich mich mit Krasnopolski einig zu wissen), als an die Stelle der glücklich überwundenen Erklärung des Gesetzbuchs „aus sich heraus" eine Erklärung desselben „aus den Protokollen heraus" zu setzen und zu einem sermocinari ex vinculis der Protokolle zu schreiten. Auch Pfaff in Grünhut's Zeitschr. VIII S. 713 betont, daß „die Benutzung der Protokolle eine sehr behutsame sein muß". — Die Reformbedürftigkeit des österr. Rechts in Ansehung der Haftung des Geschäftsherrn für Vertragsverletzungen (und Delikte) seiner Gehilfen ist übrigens allgemein anerkannt; vgl. Randa Haftung der Eisenbahnunternehmungen S. 6 Note 5. S. 20. Gutachten S. 129. 130 und Strohal Gutachten S. 153 fg. Auch hat das praktische Bedürfnis bereits dahin geführt, wenigstens in einzelnen Fällen, deren Anzahl stetig zunimmt, die unbedingte Haftung des Geschäftsherrn für die Gehilfen, deren er sich bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, gesetzlich zu statuiren. So haften für ihre Leute „Wirthe, Schiffer (Schiffsherren) oder Fuhrleute" (§. 970 a. b. G. B. Art. 400 H. G. B.), „öffentliche Versendungsanstalten" (§. 1317), Eisenbahnunternehmungen (Betriebsreglement v. 10. Juni 1874 §. 68), öffentliche Lagerhäuser (Ges. v. 28. April 1869 §. 14 Abs. 3; vgl. dazu Karl Adler Das österr. Lagerhausrecht 1892 S. 109 fg.). Die Praxis geht noch weiter, indem sie z. B. Erwerbsunternehmungen für das Verschulden ihrer Leute (und zwar sowohl in obligatorischen als außerobligatorischen Verhältnissen) unbedingt haften läßt (Samml. XVII Nr. 7469 VII Nr. 3292), ebenso Advokaten für ihr Kanzleipersonal (Samml. VII Nr. 3311. XIX Nr. 8666).

10) Verhandl. II S. 80 fg. 284 fg. Vgl. auch die Gutachten von Dreyer, O. Mayer und Leonhard I S. 46 fg. 125 fg. 337 fg.

Gesetzb. §. 1007 das schweiz. Bundesges. Art. 115 an, daß der Schuldner verantwortlich ist für das Verschulden seiner Angestellten und Arbeiter. Diesem Vorbild ist der deutsche Entwurf I §. 224 Abs. 2 gefolgt, indem er vorschreibt, daß „der Schuldner in Ansehung der Erfüllung wegen des Verschuldens derjenigen Person haftet, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient" [11]). Das Prinzip dieser Vorschrift hat mit Recht allgemeine Anerkennung und Billigung gefunden [12]). So sagt Laband (civ. Arch. LXXIII S. 187): „Ueber die Nothwendigkeit und Angemessenheit dieser Rechtsregel kann wohl kaum eine Meinungsverschiedenheit bestehen. Nach der modernen Gestaltung der Gewerbethätigkeit ist die Verwendung von Gehilfen bei Erfüllung der übernommenen Leistungen selbstverständlich, unentbehrlich und dem Willen der Parteien, von seltenen Ausnahmen abgesehen, entsprechend. Demgemäß muß der Schuldner für seine Leute (Gewerbsgehilfen, Dienstboten, Arbeiter) einstehen .... Die Beschränkung der Haftung auf culpa in eligendo paßt nicht auf die modernen Lebensverhältnisse, und soweit dieselbe in Theorie und Praxis festgehalten wird, beruht dies auf romanistischer Befangenheit".

Worin liegt nun der innere Grund und die sachliche Rechtfertigung [13]) für diese Vertheilung der Schadenlast? Die

---

11) Bei der zweiten Lesung hat diese Vorschrift eine bessere Formulirung erhalten. §. 234 Entw. II lautet nunmehr: „Der Schuldner hat ein Verschulden . . . der Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden . . . ."

12) Gierke Der Entwurf S. 199. Seuffert in Bekker und Fischer's Beitr. Heft 11, S. 14. Vgl. auch Meischeider ebda Heft 3 S. 49 fg. Zusammenstellung II S. 24. 25. VI S. 267. So auch Bähr Gegenentwurf II §. 221 Abs. 2. — Auch in Rücksicht auf diese Bestimmung des Entwurfs ist der Unterschied von Bringschuld und Holschuld (vgl. Entw. I §. 620. II §. 637) praktisch wichtig.

13) Der von Laband angeführte Grund („wer den Unternehmer-

Motive (II S. 30) geben den wahren Grund mit kurzen und treffenden Worten an: „Der Schuldner, welcher sich der Hilfe Dritter bei der Bewirkung der Leistung bedient, handelt im eigenen Interesse und folgeweise auch auf seine eigene Gefahr[14].“

In der That liegt hier, wie Goldschmidt treffend ausgeführt hat[15]), eine Collision der Interessen vor. Der Schuldner findet es unbillig, eine so weit gehende Verantwortlichkeit für uncontrollirbare Handlungen und Unterlassungen seiner Gehilfen übernehmen zu sollen; der Gläubiger dagegen erklärt es für unbillig, an den Gehilfen gewiesen zu werden, mit welchem er nicht contrahirt und dem er nicht vertraut habe. In dieser Collision der Interessen muß man sich auf die Seite des Gläubigers stellen und zu dessen Gunsten entscheiden. Der Schuldner zieht die Gehilfen hinzu, um eine ihm obliegende Leistung zu bewirken, um seine eigene Verbindlichkeit zu erfüllen: er trifft die Auswahl für sich, für sein Geschäft, in eigener Angelegenheit. Es ist seine

---

gewinn hat, muß auch das Unternehmerrisiko tragen“) ist nicht zureichend, da es sich um die Verantwortlichkeit von Schuldnern der verschiedensten Kategorien handelt.

14) Zum mindesten überflüssig ist es, wenn die Motive II S. 30 überdies die stillschweigende Uebernahme einer Garantie für das ordnungsmäßige Verhalten der Gehilfen unterstellen. Auf eine solche stillschweigende (meist fiktive) Garantieübernahme mag die Theorie zur Noth rekurriren, um in besonders wichtigen Fällen des Verkehrs die für unabweislich erkannte unbedingte Haftung des Schuldners für seine Gehilfen construiren zu können (so jetzt auch Goldschmidt System des Handelsr. im Grundriß 2. Aufl. S. 106). Der Gesetzgeber dagegen legt dem Schuldner diese Haftung kraft Rechtens ebenso auf wie dem Verkäufer die Haftung für verborgene Mängel. Auch Saleilles p. 15 sq. p. 375 will die Rechtsregel des §. 224 Abs. 2 auf eine clause sousentendue de garantie (garantie contractuelle tacite) zurückführen.

15) Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 338 fg.; er selbst stellt sich auf die Seite des Schuldners.

Sache, die rechten Leute zu wählen (statuere debet de eo, qualis esset; cf. L. un. §. 5 D. furt. adv. naut. 47. 5): begeht er ungeachtet aller Sorgfalt einen Fehlgriff in der Auswahl, so kann er den Mißerfolg nicht auf den ganz unbetheiligten Gläubiger abwälzen, sondern muß ihn sich selbst zuschreiben (de se queri debet) und ihn sich zur Last legen (sibi imputaturus, cur talem praeposuerit vel adhibuerit; cf. L. 1 §. 9 D. de exerc. act. 14. 1. L. 7 §. 4 D. naut. 4. 9). Wie das correkte Verhalten der Gehilfen dem Schuldner zum Vortheil dient, so muß auch das schuldhafte Verhalten derselben ihm zum Nachtheil ausschlagen: der Schuldner, der die Gehilfen in seinem Interesse verwendet, verwendet sie auf seine Gefahr.

Anders liegt die Sache bei einer erlaubten Substitution[16]). In dieser Beziehung ist es vor allem zu billigen, daß der deutsche Entwurf (I §§. 589[17]). 616. II §§. 595. 631. Motive II S. 530 fg. 574 fg.), abweichend vom gemeinen Recht[18]), dem Mandatar und Depositar nur in Nothfällen und infolge besonderer Ermächtigung[19]) Substi-

---

16) Die unerlaubte Substitution (invito domino) findet natürlich auf Gefahr des Schuldners statt. L. 13 §. 1 D. loc. (19. 2). Goldschmidt S. 319. — Ueber eine erlaubte Substitution auf eigene Gefahr, wobei es sich jedoch nicht um Erfüllung einer Verbindlichkeit, sondern um Ausübung eines Rechtes handelt, vgl. Nr. II Note 9. — Ueber den Unterschied zwischen Substituten und Gehilfen vgl. Burchardi S. 13 fg. 26 fg.; vgl. auch Leonhard Gutachten S. 351. Auf einer Verkennung dieses Unterschiedes beruhen die Einwendungen von Löwenfeld in den Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 875 fg.

17) Mit Recht aber hat sich Laband im civ. Arch. LXXIV S. 328. 329 für die Streichung des zweiten (von Gehilfen handelnden) Satzes des Entw. I §. 589 (Entw. II §. 595 Satz 3) ausgesprochen; desgleichen wäre der 3. Satz des §. 616 Entw. I (§. 631 Entw. II) zu streichen.

18) Goldschmidt S. 302 fg. 309 fg.

19) An der Unwiderruflichkeit einer solchen im Interesse des Schuld-

tution gestattet. Eine solche Substitution findet auf Gefahr des Gläubigers statt. Der Substituent trifft nämlich die Auswahl nicht für sich, sondern für den Gläubiger und statt desselben: er besorgt hiermit nicht sein Geschäft, seine Angelegenheit, sondern das Geschäft und die Angelegenheit des Gläubigers. Der Mandatar oder Depositar, der in dringenden Fällen einen Ersatzmann bestellt, handelt hiermit im Interesse des Mandanten oder Deponenten[20]. Der Deponent oder Mandant, der dem Verpflichteten die Befreiung durch Uebertragung des Geschäfts auf einen Andern gestattet, überträgt ihm hiermit zugleich die Auswahl desselben, welche er sonst selbst vornehmen müßte: geht der Depositar oder Mandatar bei der ihm überlassenen Auswahl mit der erforderlichen Sorgfalt vor, so hat er hiermit das Seinige gethan und haftet daher nicht weiter für das Verhalten des Substituten[21].

ners gegebenen Ermächtigung ist wohl nicht zu zweifeln trotz der §§. 127 Abs. 3. 119 Abs. 1 und 2 des Entw. I, und obwohl die Motive I S. 246 diese Fälle nicht anführen. Ueber die Mängel des ersten Entwurfs in dieser Beziehung vgl. Strohal in den dogm. Jahrb. XXX S. 182 fg.: sie sind bei der zweiten Lesung (§. 138 Abs. 1) sanirt worden (Beitr. II S. 417. Jahrb. II S. 61.)

20) Aus diesem Grunde haftet auch der Schiffer, der im Nothfall einen Substituten bestellt, nur für culpa in eligendo. Art. 483 Abs. 2 H.G.B.

21) Vgl. Ihering in diesen Jahrb. IV S. 84. 85. — Aus demselben Grunde haftet auch der Spediteur nur für Sorgfalt in der Auswahl des Frachtführers. H.G.B. Art. 380. Vgl. auch Dreyer Gutachten S. 69 Note 69.

VIII.

Der im vorhergehenden Abschnitt angeführte Grund spricht auch für die **unbedingte** Haftbarkeit der **Dienst-** und **Geschäftsherren** für die **Delikte** ihrer Untergebenen in Ausübung ihrer dienstlichen und geschäftlichen Verrichtungen.

Diese Frage ist in neuerer Zeit so vielfach erörtert [1]) und auch auf dem 18. deutschen Juristentage so eingehend verhandelt worden [2]), daß ich mich kurz fassen kann.

Das französisch-italienische Recht (Code civil a. 1384 [3]) Codice civile a. 1153) und ebenso das englisch-amerikanische Recht [4]) schützt den Dritten, indem es ihm gestattet, sich schlechthin an den Herrn zu halten, dessen Leute in der Ausübung ihrer dienstlichen Funktionen ihm Schaden zugefügt haben. Das römische Recht dagegen hält im Allgemeinen an dem Grundsatze fest, daß man nur für eigenes Verschulden,

---

1) Vgl. Stobbe Deutsches Privatr. III §. 201. Steinbach S. 36 fg. Mataja S. 57 fg.

2) Verhandl. II S. 67 fg. 366 fg. Besonders hervorzuheben ist das Gutachten von Petersen Verhandl. I S. 275 fg. und dessen Vortrag II S. 67 fg.

3) Vgl. darüber Petersen in den Schriften des Vereins für Sozialpolitik XIX S. 53 fg.

4) Stephen Commentaries on the law of England (7. edit.) II p. 234. 235. Bar in Grünhut's Zeitschr. IV S. 69 fg. Bojanowski in den Note 3 angef. Schriften S. 17 fg. Im englischen Recht wird diese unbedingte Haftung auch auf die Maxime gestützt: qui facit per alium facit per se. Diese Maxime ist in solcher Anwendung gewiß unrichtig: der Kutscher, der jemanden unvorsichtiger Weise überfährt,

also nur für culpa in eligendo et inspiciendo zu haften hat. Allein schon das römische Recht hat aus Gründen der utilitas publica[5]) jene Regel in einigen Fällen durchbrochen, und im heutigen gemeinen Recht ist die Anzahl dieser Ausnahmen erheblich vermehrt (Seerecht, Eisenbahnrecht, Fabriks- und Gewerberecht)[6]). Es ist nun nicht zu bezweifeln, daß das Bedürfniß des Schutzes der Dritten ein viel weiter gehendes und allgemeines ist. Für die Berücksichtigung und Befriedigung desselben sprechen auch innere Gründe. Der Dienst- und Geschäftsherr, welcher die Kräfte seiner Untergebenen in seinem Dienste, in seinem Geschäfte, zu seinen Zwecken verwendet, mag dies auf eigene Gefahr thun, nicht auf die Gefahr Dritter. Wie die sachgemäße Thätigkeit seiner Leute dem Herrn zu Statten kömmt, so muß auch die schuldhafte Thätigkeit derselben ihm zum Nachtheil ausschlagen, und er hat deshalb für sie einzustehen: nec immerito factum eorum praestat, quum ipse eos suo periculo adhibuerit (L. 7

überfährt ihn nicht im Auftrag oder „im Namen" seines Herrn. Gegen diese sog. Vertretungs(Vollmachts)-Theorie, auf welche sich auch Dreyer Gutachten S. 94 fg. 106 fg. stützt, hat sich insbesondere Enneccerus auf dem 17. Juristentage (Verhandl. II S. 108 fg.) mit Recht ausgesprochen. Diese Theorie wendet auch eine Entscheidung des österr. O.G.H. v. 23. Aug. 1887 (Samml. XXV Nr. 11715) an, um daraus die unbedingte Haftung des Fabrikherrn für das Verschulden seiner Angestellten abzuleiten. Diese und die in Nr. II Note 6 mitgetheilte Entscheidung sowie die in Nr. VII Note 8 besprochene Lehre sind interessante Belege dafür, wie man in Praxis und Theorie über die im Verkehrsleben unerträglich gewordene gesetzliche Beschränkung der Haftung der Dienst- und Geschäftsherren auf culpa in eligendo et inspiciendo (§. 1315 österr. bürg. Gesetzb.) hinauszukommen sucht.

5) Vgl. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 60. 65. Goldschmidt in der Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 369 fg.

6) Vgl. Goldschmidt Grundriß des Handelsr. 2. Aufl. S. 107 (4. Aufl. S. 117); nicht verständlich ist mir die Bemerkung daselbst, daß der deutsche Entwurf I (§§. 710—713) „viel weiter geht".

pr. D. naut. 4. 9) [7]. „Da die Besorgung der Verrichtungen zu den Zwecken und im Auftrage der Dienst- und Geschäftsherren geschieht, so überträgt das Gesetz aus höheren Rücksichten auf das Interesse dritter Personen die Gefahr der Ausführung in der Art auf sie selbst, daß sie dem Beschädigten mit den Beschädigern sammtverbindlich haften" (Motive S. 773 zu dem bayer. Entw. Art. 66). Diese unbedingte Haftpflicht für Delikte der Untergebenen ist eine Verantwortlichkeit ohne Schuld [8]), welche das Gesetz den Dienst- und Geschäftsherren im öffentlichen Interesse (propter utilitatem publicam)

7) Hiermit erledigt sich auch der Einwand von Enneccerus (Verhandl. II S. 89), daß die unbedingte Haftung des Arbeitgebers für Verschulden des Arbeiterr consequent zur Haftung auch für jeden von dem Arbeiter casuell angerichteten Schaden führen müsse: das Recht zieht eben diese Consequenz nicht, weil dies hier über die Grenzen des Bedürfnisses ginge (cf. L. 1 §. 2 D. de exerc. act. 14. 1: culpa et dolo carere eos curare debet). Vgl. dagegen unten Nr. XI zu Note 16.

8) Es findet also weder eine praesumtio juris et de jure, noch eine Fiktion eigener Schuld statt. Mit Recht sagt Sainctelette De la responsabilité et de la garantie (1884) p. 124: La responsabilité des maîtres et des commettants n'est que l'une des sortes de la responsabilité du fait d'autrui. La responsabilité du fait d'autrui n'est pas une fiction inventée par la loi positive. C'est une exigence de l'ordre social. Ebenso treffend bemerkt Saleilles p. 376: Le code civil (a. 1384) a abandonné l'idée d'une présomption de faute pour se placer au point de vue de l'intérêt public; il a vu une raison d'ordre général à imposer la responsabilité au maître pour ceux qu'il emploie, il a voulu obliger le maître à une diligence plus attentive. — Allerdings wird in L. 5 §. 6 D. de O. et A. 44. 7 (Gajus) und in §. 3 J. de obl. quae quasi ex del. (4. 5) gesagt: aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. Allein dies ist nur der Versuch einer theoretischen Begründung und Rechtfertigung der strengen Haftpflicht der Wirthe und Schiffer für ihre Leute, welcher hiermit nach Art der römischen Juristen (Ihering Schuldmoment S. 38 Note 73) eine subjektive Wendung und Unterlage gegeben wird: es ist ihre Sache, die rechten Leute zu wählen (explorare eum oportet, cujus fidei, cujus innocentiae sint L. 7 §. 4 D. naut. 4. 9; statuere debuit de

auferlegt, und charakterisirt sich daher als eine obligatio ex lege [9]). Diese Aufbürdung der Schadenlast wirkt zugleich vorbeugend, indem sie die Dienst- und Geschäftsherren zur möglichsten Sorgfalt in der Auswahl und Beaufsichtigung ihrer Leute nöthigt (L. 3 pr. D. de publ. 39. 4) [10]).

Welchen Standpunkt nimmt nun der deutsche Entwurf I in dieser praktisch so überaus wichtigen Frage ein?

Er hält an dem gemeinen Recht fest [11]) und die sonst

---

eo, qualis esset L. un. §. 5 D. furt. 47. 5), eine schlechte Wahl wird ihnen daher ohne weiteres und schlechthin zur Schuld angerechnet (Schuld in abstracto), obgleich den Wirth im concreten Fall ein wirkliches individuelles Verschulden gar nicht treffen mag. Vgl. Ihering Schuldmoment S. 47. 48. Pernice Labeo II S. 248 Note 32.

9) Man sollte daher auch im Falle des §. 2 des Reichshaftpflichtges. v. 7. Juni 1871 nicht, wie dies gewöhnlich geschieht (Eger Comment. 3. Aufl. S. 170. Westerkamp in Endemann's Handb. III S. 663. Genzmer Comment. S. 4. 68) von einer obligatio quasi ex delicto, sondern wie im Fall des §. 1 dieses Gesetzes von einer obligatio ex lege sprechen. Vgl. auch Endemann Die Haftpflicht der Eisenbahnen (3. Aufl.) S. 17. Weinrich Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tödtung eines Menschen (1883) S. 150 fg. und Mandry Der civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze (3. Aufl.) S. 47. 448 freilich wollen dagegen sogar im Fall des §. 1 in Widerspruch mit der herrschenden Lehre eine Quasideliktsobligation annehmen. Die Kategorie des Quasidelikts ist aber überhaupt unbrauchbar und verwerflich: ein fingirtes Delikt ist eben kein Delikt (Gaj. III 194). Vgl. Unger in den dogm. Jahrb. XXX S. 228 Note 7 und unten Nr. XVIII.

10) Bekanntlich hat auch Pothier zur Begründung der unbedingten Haftung der Dienstherren für ihre Leute gesagt: Ceci a été établi pour rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques. Weinrich Haftpflicht S. 217 dagegen meint, daß gerade die Zulassung eines Entlastungsbeweises für den Unternehmer eine Prämie bilde, die möglichste Sorgfalt in eligendo et inspiciendo anzuwenden. Allein wenn es zum Streit über die Anwendung der gehörigen Sorgfalt zu kommen hat, mag der Geschäftsherr immerhin hoffen, einen Richter zu finden, der es damit nicht allzu genau und streng nimmt.

11) Gegen den Entwurf Gierke S. 259 fg. Klöppel in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts XXXIII S. 652.

so ausführlichen Motive (II S. 736) begnügen sich mit der dürren Bemerkung, daß der Entwurf das Prinzip der unbeschränkten Haftung der Dienst- und Geschäftsherren „zurückweist". Dies ist eine Begründung ohne Gründe[12]). Aber eine sachliche Motivirung wäre doch um so nothwendiger gewesen, als der von den Motiven (II S. 30) zur Rechtfertigung der unbedingten Haftung des Geschäftsherrn für seine Gehilfen in obligatorischen Verhältnissen geltend gemachte Grund auch in Ansehung der außerobligatorischen Verhältnisse vollkommen zutrifft. Muß man denn nicht auch von dem Dienst- und Geschäftsherrn, der seine Dienst- und Geschäftsleute zu seinen Zwecken verwendet, sagen, daß er „im eigenen Interesse und folgeweise auch auf seine eigene Gefahr handelt"? Auch die Bedürfnisse des Verkehrs, auf welche die

---

Schmidt Gutachten aus dem Anwaltstande S. 1202 fg. Vgl. Zusammenstellung II 406 fg. VI S. 515. Auch Saleilles p. 376. 382 sq. billigt nicht eigentlich die §§. 711. 712 (wie Cosak in der Zeitschr. f. Handelsr. XXXVII S. 575 es darstellt), sondern meint nur, daß wenn man in Deutschland das öffentliche Interesse nicht hinlänglich groß und berücksichtigenswerth findet, um eine unbeschränkte Haftung der Dienst- und Geschäftsherren für Delikte ihrer Untergebenen zu statuiren, dann allerdings kein genügender Grund dafür geltend gemacht werden kann und es daher bei der regelmäßigen Haftung für eigenes Verschulden zu verbleiben hat. — Für die strengere Haftung jetzt auch Bähr Gegenentw. §. 709.

12) Auch Planck im civil. Arch. LXXV S. 392 giebt keinen sachlichen Grund an. Wenn er bemerkt, daß der Entwurf die Haftung eines Schuldners für seine Gehilfen ausdrücklich ausspricht (§. 224 Abs. 2) und dann fortfährt: „ebenso erkennt er an, daß Jeder, der bei einem Geschäfte sich anderer Personen bedient, für die unerlaubten Handlungen derselben haftet, wenn ihn bei der Auswahl oder Aufsicht ein Verschulden trifft", so sollte es statt „ebenso" vielmehr „dagegen" heißen: im Fall des §. 224 Abs. 2 Entw. I findet nämlich Haftung ohne Schuld, im Fall der §§. 711. 712 Entw. I Haftung aus Schuld statt. — Den Standpunkt des Entwurfs billigt auch Meisner in der Nr. IV Note 5 angef. Schrift S. 132—136.

Motive II S. 30 Rücksicht nehmen, haben sie (II S. 736) mittlerweile gänzlich aus den Augen verloren. Die Motive werden sich ferner der grellen und fast unerträglichen Discrepanz nicht bewußt, zu welcher die Verschiedenheit der Haftbarkeit der Dienst- und Geschäftsherren in obligatorischen (§. 224 Abs. 2) und in außerobligatorischen Verhältnissen (§§. 711. 712) führt. „Ein Fuhrwerksunternehmer soll einen Reisenden fahren. Er fährt ihn nicht selbst, sondern schickt einen Kutscher. Dieser wirft den Wagen durch Nachlässigkeit um; der Reisende wird beschädigt, er bricht ein Bein. Da soll der Unternehmer haften aus dem Vertrage, den er abgeschlossen hat. Wenn aber der Reisende ausgestiegen war und der Kutscher hat ihn eine Minute später umgefahren, dann haftet er nicht und ebensowenig, wenn er einen Dritten beschädigt. Ebenso ist es mit Sachen, z. B. Geschirr, das jemand auf den Markt fahren läßt. Beschädigt der Kutscher diese Waaren, so haftet der Geschäftsherr dafür. Wenn er aber in den Geschirrmarkt hineinfährt, dann haftet der Geschäftsherr nicht"[13]).

Selbst in Ansehung der Vertheilung der Beweislast findet sich der erste Entwurf nicht bestimmt, von „den allgemeinen Grundsätzen" abzuweichen, an deren consequenter und strikter Durchführung, wenngleich auf Kosten des praktischen Bedürfnisses, ihm vor allem gelegen ist (Motive II S. 729): es soll auch fernerhin dabei bleiben, daß der Beschädigte den Nachweis der culpa in eligendo et inspiciendo zu führen hat (Motive II S. 737). Daß hiermit die Realisirung des Ersatzanspruchs gegen den Dienst- und Geschäftsherrn in den

13) Petersen Verhandl. des 18. Juristentages II S. 80. 81, der mit Recht hinzugefügt hat: „Ich würde es für einen Vortheil ansehen, wenn die Regelung eine einheitliche, harmonische wäre und nicht ein Unterschied gemacht würde".

meisten Fällen illusorisch gemacht wird, ist allgemein anerkannt. In Baden (Landr. Art. 1384)[14]) und in der Schweiz (Bundesges. Art. 61. 62)[15]) hat man daher wenigstens eine beschränkte Haftung der Dienst- und Geschäftsherren für den von ihren Leuten angerichteten Schaden statuirt und sich auch sonst von allen Seiten dafür ausgesprochen, daß dem geklagten Dienst- oder Geschäftsherrn der Entlastungsbeweis auferlegt werde[16]). Die Motive (II S. 729) weisen auch dies zurück und getrösten sich mit der magischen Kraft der freien Beweiswürdigung: „sie mag dazu führen, eine Verschuldung schon deshalb anzunehmen, wenn entschuldigende Thatsachen nicht vorliegen" (Motive II S. 735). Aber die freie Beweiswürdigung vermag die Regeln der Beweislast nicht zu ändern: der Richter kann nur, ungebunden durch starre Regeln, frei beurtheilen, ob dem Beweispflichtigen die Beweisführung gelungen sei. Der Beschädigte kann sich also nicht darauf beschränken, dem Dienst- oder Geschäftsherrn Nachlässigkeit in der Auswahl oder Aufsicht schlechthin vorzuwerfen, sondern er muß diese Beschuldigung durch concrete Thatsachen substantiiren: liegen solche Thatsachen nicht vor, so kann der

---

14) Lehrreiche Bemerkungen über das badische Landr. a. 1384 hat Heinsheimer in den Verhandl. des 18. Juristentags II S. 83 fg. gemacht.

15) In früheren Entwürfen war jedoch das System des französischen Rechts adoptirt worden und man hat sich erst ganz zuletzt zu jenem Compromiß entschlossen. Dreyer Gutachten S. 76. 77. Schneider Comment. zu Art. 62 Nr. 1.

16) Leonhard Gutachten S. 387. Weinrich Die Haftpflicht S. 212 fg. (dazu Bähr Krit. Viertelj. XXVI S. 748 fg.). Petersen Gutachten S. 303. 304. Enneccerus Verhandl. II S. 91. 92. In der 1. Abtheilung des 18. Juristentages wurde der Eventualantrag auf beschränkte Haftpflicht der Geschäftsherren einstimmig als „das Minimum" angenommen (II S. 106. 367).

Richter trotz des Nichtvorbringens entschuldigender Thatsachen den Geschäftsherrn nicht verurtheilen.

Bei der zweiten Lesung des Entwurfs wurde beschlossen, daß „wer einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt hat, zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, welchen der Andere [17]) in Ausführung der Verrichtung einem Dritten zugefügt hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Geräthschaften zu beschaffen, der die Ausführung der Verrichtung zu leiten hatte, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde" (§. 754 Abs. 1). Die Mehrheit der Berathungskommission konnte sich nämlich nicht überzeugen, daß die unbedingte Haftung des Geschäftsherrn „durch ein Bedürfniß geboten und dem Rechtsbewußtsein des deutschen Volkes entsprechend sei" und begnügte sich damit, „die Lage des Beschädigten durch Umkehrung der Beweislast [18]) zu erleichtern". (Jahrb. V S. 250. 251.)

17) Warum nicht statt des stets wiederkehrenden „Anderen" das Demonstrativpronomen: „dieser" oder „derselbe"?

18) Genau genommen findet in diesem Falle (sowie in ähnlichen Fällen) nicht „eine Umkehrung der Beweislast" und ein Exculpationsbeweis statt, sondern eine Ausnahme von der gesetzlichen Haftpflicht und ein Exceptionsbeweis (Entlastungsbeweis, Enthaftungsbeweis).

IX.

Soll derjenige, welcher ein **Thier** hält, unbedingt für den durch dasselbe angerichteten Schaden einstehen, oder nur im Falle einer schuldhaften Verletzung seiner Aufsichtspflicht? [1])

Darüber kann wohl kein Zweifel sein, daß, wer **wilde** oder sonst ihrer Natur nach schädliche Thiere (wenngleich etwa mit polizeilicher Erlaubniß) hält, für den durch dieselben verursachten Schaden unbedingt haften muß [2]). Der Grund liegt in der **besonderen Gefährlichkeit** dieser Thiere: wer solche Thiere in den Kreis des bürgerlichen Lebens bringt, muß die damit verbundenen Gefahren auf sich nehmen [3]).

---

1) Vgl. zu dieser Frage **Steinbach** S. 22 fg. — Ueber das römische Recht **Windscheid** Pand. II §. 457 Nr. 3; **Dernburg** Pandekt. II §. 138 und insbes. **Eisele** in den dogm. Jahrb. XXIV S. 480 fg. (gegen dessen Auffassung der L. 8 §. 1 L. 52 §. 3 D. ad leg. Aquil. 9. 2. jedoch **Unger** in Grünhut's Zeitschr. XV S. 683 Note 31. **Dernburg** Note 1). Ueber das germanische Recht **Stobbe** III §. 202. **Brunner** Ueber absichtslose Missethat im altdeutschen Strafrechte, in den Sitzungsberichten der Berliner Akademie XXXV S. 815 fg. 834 fg. und jetzt Deutsche R. G. II S. 555 fg.

2) Vorausgesetzt wird hier und im Folgenden natürlich immer, daß den Beschädigten nicht selbst die Schuld trifft. Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. L. 203 D. de R. J. (Ueber die sprachliche Seite des Ausdrucks damnum sentire vgl. **Kalb**, Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt 1890 S. 11. 12. 65. 66).

3) Ueber die polizeirechtlichen Bestimmungen des ädilischen Edikts (L. 40—42 D. h. t. 21 2 §. 1 J. si quadr. 4. 9) vgl. **Lenel** edict. perp. §. 295. **Pernice** Sachbeschäd. S. 224 fg. Labeo II S. 247. 248. Vgl. auch **zürcher.** Gesetzb. §. 1875.

Eine solche Vorschrift trifft mit Recht das sächs. Gesetzb. §. 1560, ferner der hessische Entw. (Art. 670 Abs. 1) und der bayer. Entw. (Art. 948 Abs. 1)[4]. Der deutsche Entwurf hat in erster Lesung auch dies abgelehnt: „die Aufnahme einer solchen Bestimmung ist mit Rücksicht auf den positiven Charakter derselben bedenklich" (Motive II S. 812). Unter dem „positiven Charakter" soll wohl der Ausnahmscharakter einer solchen Bestimmung zu verstehen sein. Aber dies ist doch für den Gesetzgeber kein Hinderniß, dieselbe unbedenklich zu treffen, falls sie nur durch das praktische Bedürfniß gefordert und gerechtfertigt ist. Multa jure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest, sagt Julian L. 51 §. 2 D. ad leg. Aquil. (9. 2). Die Motive meinen freilich, daß „die dem Halter des Thieres auferlegte Aufsichtspflicht zur Befriedigung des praktischen Bedürfnisses" genüge, insbesondere mit Rücksicht auf §. 367 Nr. 11 des Strafgesetzbuchs. Aber keine noch so sorgfältige Verwahrung und Obhut kann die mit dem Halten solcher Thiere verbundenen Gefahren gänzlich beseitigen. Die Fälle sind nicht allzu selten, daß trotz aller Vorsichtsmaßregeln reißende Thiere aus Menagerien

---

4) Ungenügend sind die Vorschriften des preuß. Landr. I 6 §. 70 fg. Dernburg Preuß. Privatr. II §. 302. Immerhin aber kommt doch auch hier (§. 72) der richtige Gedanke insofern zum Durchbruch, daß wer Thiere bloß zu seinem Luxus hält, „für allen durch selbige, auch ohne seine besondere Schuld, verursachten (unmittelbaren) Schaden haftet": Suarez monirte, „es sei billig, daß niemand seinem Vergnügen mit Gefahr und Nachtheil für seine Mitbürger nachhänge". — Auch nach englischem Recht hält man wilde und gefährliche Thiere auf seine eigene Gefahr: „any one who keeps a caravan of wild beasts, is said, by English law, to do so ‚at his own peril', and will be liable should damage be done by the escape of a tiger, although he may have taken the greatest possible care to prevent the mischief. Holland General Jurisprudence 5. edit. p. 149. Ungenügend dresden. Entw. Art. 1025 Abs. 1.

oder zoologischen Gärten ausbrechen und Personen und Sachen schweren Schaden zufügen.

Schwieriger ist die Ordnung der Schadenlast bei Beschädigungen durch zahme Thiere. Auch hier findet eine Collision der Interessen statt. Der Herr des Thieres, der dasselbe in seiner Haushaltung oder sonst benöthigt, mag für sich geltend machen, daß er das Seinige gethan hat, wenn er es an der erforderlichen Sorgfalt und Obhut nicht hat fehlen lassen. Die Dritten dagegen meinen, trotz solcher Aufsicht und eigener Vorsicht vor Beschädigungen, die sie von dieser Seite treffen können, nicht hinlänglich geschützt zu sein. In diesem Conflikt muß man sich, wie mir scheint, doch wohl auf die Seite des Publikums stellen. Wenn ein großer starker Hund auf der Straße einem andern Hunde nachläuft, hierbei zwischen die Beine eines Menschen geräth, der eine zerbrechliche Sache trägt, ihn niederwirft und hierbei die Sache zertrümmert wird, oder wenn ein Pferd, von einer giftigen Fliege gestochen, unversehens ausschlägt und jemanden verletzt: ist es da gerecht und billig, den Beschädigten den Schaden endgültig tragen zu lassen? Kann man denn nicht auch in diesen Fällen sagen, daß derjenige, der ein Thier zu seinem Nutzen oder Vergnügen hält, „im eigenen Interesse und folgeweise auch auf seine eigene Gefahr handelt" (Motive II S. 30)? Ich glaube daher, daß es das Richtige ist, wenn das Gesetz pro utilitate communi[5]) demjenigen, der das Thier hält, die unbedingte Verantwortlichkeit für den durch dasselbe verur-

5) Darauf beruht auch die singuläre Vorschrift des österr. Rechts über die unbedingte Ersatzpflicht des Eigenthümers (und subsidiär der Gemeinde und des Staates) für Beschädigungen durch wüthende Hunde. Vgl. Steinbach S. 23. Stubenrauch Comment. (5. Aufl.) II S. 670 Note 2.

sachten Schaden auferlegt[6]), wie dies bekanntlich der Code civil a. 1385[7]) und ihm folgend der Codice civile a. 1154 sowie (wenngleich in beschränkter Weise) das sächs. Gesetzbuch (§. 1561) thut[8]). Die Motive (II S. 811) meinen freilich, daß „man damit den Boden des Delikts verlassen und, wenn auch nicht ein fingirtes Delikt, doch eine in das Rechtssystem sich schwer einfügende gesetzliche Obligation schaffen würde". Als ob es nicht gerade die Aufgabe des Gesetzgebers wäre, in Fällen des praktischen Bedürfnisses, unbekümmert um das „Rechtssystem", solche Obligationen zu schaffen und eine Verpflichtung kraft Rechtens aufzuerlegen: die Kategorie der gesetzlichen Obligationen, die doch im heutigen Rechtssystem schon einen so breiten Raum einnimmt, wäre dann eben um eine Nummer vermehrt.

Wollte sich aber der deutsche Entwurf (I §. 734)[9]) schon nicht entschließen, die Schadenlast dem „Halter des Thieres" aufzubürden, so hätte er ihm doch mindestens die Beweislast in Ansehung seiner Schuldlosigkeit (den Ent-

---

6) So auch Bähr Gegenentwurf §. 807.

7) Vgl. Demolombe Cours de Code Napoléon XXXI p. 554 sq. Sourdat Traité de la responsabilité II p. 562 sq. Weinrich Haftpflicht S. 104 fg. Die französischen Juristen führen jedoch diese Vorschrift (mit Unrecht) auf eine Rechtsvermuthung der Schuld zurück und streiten nun darüber, ob dieselbe eine einfache oder unwiderlegliche sei; für eine praesumtio juris et de jure (insofern mit Recht) sind Demolombe p. 564. 565 (allerdings mit einer wunderlichen Argumentation), Zachariä Handb. II §. 448 Note 5 und Weinrich S. 105 Note 4.

8) Die Beschränkung der Haftung auf noxae datio (vgl. auch badisches Landr. Art. 1385a und zürich. Gesetzb. §. 1878) ist sicher nicht zu empfehlen: was soll der Beschädigte mit dem ihm ausgelieferten Thiere anfangen? Vgl. bayer. Entw. Art. 948 Abs. 3.

9) Gegen den Entwurf Gierke Der Entwurf S. 270. Die soziale Aufgabe des Privatrechts S. 33. Schmidt Gutachten S. 1217 fg. Mataja im Archiv f. bürgerl. Recht I S. 271. Binding Normen I S. 434. 435 Note 4.

lastungsbeweis) auferlegen sollen, wie dies das badische Landr. Art. 1385[10]), das zürcher. Gesetzb. §. 1877, das schweizer. Bundesges. Art. 65[11]), der bayer. Entw. Art. 948 Abs. 2 und der dresden. Ent. Art. 1025 Abs. 3 thun. Allein die Motive (II S. 812) meinen, daß „auch hierzu nicht ein Bedürfniß vorliege", daß „das Prinzip der freien Beweiswürdigung" ausreiche und daß „ohne die zwingendsten Gründe in die allgemeinen Grundsätze über die Beweislast nicht eingegriffen werden dürfe". Mit anderen Worten: ex regula jus.

Bei der zweiten Lesung des Entwurfs (§. 756) wurde beschlossen, daß wer ein Thier hält, welches nicht in die Klasse der Hausthiere gehört, für den durch dasselbe angerichteten Schaden unbedingt zu haften hat, dagegen in Ansehung von Beschädigungen die Hausthiere die Beweislast zu Gunsten des Beschädigten verschoben. (Jahrb. V S. 261.)

10) Vgl. darüber Heinsheimer in den Verhandl. des 18. Juristentags II S. 83. 84.

11) Wie im österr. bürg. Gesetzb. (§§. 1320. 1321) stehen im schweiz. Bundesges. (Art. 65. 66) bedingte Haftpflicht für Thierschaden und deutschrechtliche Pfändung von Vieh unvermittelt neben einander.

X.

Der Eigenthümer eines Grundstücks, welchem durch den zu befürchtenden Einsturz eines Nachbarhauses Schaden droht, kann sich nach römischem Recht durch cautio damni infecti sicherstellen [1]). Dieses in alte Zeit hinaufreichende Schutzmittel [2]) ist gewährt „aus billiger Rücksicht auf den nachbarlichen Verkehr wie auf das öffentliche Interesse" [3]). Der Nachbar, welcher die Caution leistet, übernimmt hierdurch die Verantwortlichkeit (Garantie) für das Haus, cujus nomine cavetur (L. 7 pr. L. 24 §. 12 D. de damn. inf. 39. 2) [4]). Die Haftung ist hiermit dem Bereich des subjektiven Verschuldens entrückt: der Cavent haftet ohne alle Rücksicht auf eigene Culpa für den Schaden, welchen das Haus verursacht. L. 18 §. 4 D. h. t. (39. 2) . . . . plus

1) Ich beschränke mich auf den Hauptfall und gehe auf die Einzelfragen nicht ein. Nur den Umstand hebe ich hervor, daß nach röm. Recht (L. 13 §. 5 D. h. t. 39. 2 vgl. Burckhard Die cautio damni infecti S. 134. 278 fg.) der Miether wegen der von ihm eingebrachten Sachen allerdings die Caution fordern kann: mit Unrecht und mit unpassender Berufung auf L. 3 §. 3 D. de O.N.N. (39. 1) hat dies Zeiller bei der Berathung des §. 343 (westgal. Gesetzb. II §. 63) in Abrede gestellt. (In den Protokollen edit. Ofner I S. 239 fehlt übrigens vor der röm. Quellenstelle das Wort „nicht", welches sich bei Pfaff Gutachten S. 47 Note allerdings findet).

2) Vgl. Burckhard S. 63—111. Lenel edict. perpet. §. 292 in der Note 16.

3) Burckhard S. 36.

4) Vgl. Keller Pandekt. §. 114 Nr. III.

autem (quam culpa) in stipulationem venit damni infecti[5]). Stürzt das Haus unmittelbar nach Bestellung der Caution oder während Vornahme der Reparatur ein, so muß der Cavent gleichwohl Schadenersatz leisten, obwohl ihn kein Vorwurf trifft[6]). Der Cavent haftet jedoch nicht unbeschränkt und auf alle Fälle, sondern nur für den Schaden, der durch die fehlerhafte Beschaffenheit des Hauses, durch dessen Baufälligkeit verursacht wird (vitio aedium, aedes ruinosae, vitiosae), mag dieselbe in schlechter Bauart, in schlechtem Material oder in Altersschwäche ihren Grund haben (innere Ursachen)[7]). Nimmt man nun den Ausdruck Schuld in ob-

5) Vgl. Burckhardt S. 136. Keller Pandekt. §. 162. Dernburg Pandekt. I §. 230. Mit Unrecht beruft sich Brinz Pand. I §. 172 Note 15 für subjektive Zurechnung (wenn auch nicht als Culpa) auf L. 13 §. 8 D. h. t. (39. 2), indem er die Worte: in quo nihil sit, quod imputari ei possit auf den Caventen bezieht, während sie sich auf den Cautionsfordernden, ad quem jus monumenti pertinet (cf. L. 13 D. fin. reg. 10. 1), beziehen. Auch der Ausdruck injuria in L. 24 §. 3 D. h. t. hat nicht, wie gewöhnlich angenommen wird, eine Beziehung auf den Caventen und dessen persönliches Verhalten, sondern auf das Haus, durch dessen Schuld (vitium vgl. Note 8) der Schade herbeigeführt wird, wie sich dies aus dem Zusammenhang der Stelle in Verbindung mit dem vorhergehenden §. 2 ergiebt. Das Wort injuria wird von römischen Schriftstellern oft auch von leblosen Sachen gebraucht z. B. injuria ignis, frigorum, grandinis, nivis, pluviarum etc. Vgl. Forcellini Lexicon s. h. v.

6) Vgl. Burckhard S. 518 Note 25 S. 638. 639. Es ist daher wohl nicht richtig, wenn Jhering Schuldmoment S. 27 (ähnlich Baron Pandekt. §. 315) meint, die c. d. i. diene dazu, „das Moment der Verschuldung im voraus festzustellen“. Der bedrohte Nachbar muß vielmehr Cautionsbestellung fordern, weil er sich rühren und sein eigenes Interesse wahrnehmen soll: sibi prospicere debet (L. 8. 44 pr. D. h. t.); vgl. Burckhard S. 111 fg. 626 fg. Auch giebt es ja Fälle, in denen der Eigenthümer des Hauses ohne vorhergegangene Cautionsleistung den Schaden ersetzen muß, es sei nun mit oder ohne Recht zur Preisgebung der Sache; vgl. Burckhard S. 620 fg. Vangerow III §. 678 Anm. Nr. IX. Windscheid II §. 458 Note 3.

7) Diese Beschränkung der Haftbarkeit auf Vitiosität (Fehlerhaftigkeit)

jektiven Sinne, in welchem er so viel wie Ursache oder Anlaß bedeutet[8]), so kann man sagen: der Cavent haftet in den Fällen, in welchen das Haus an seinem Einsturze selbst Schuld trägt (ipsum per se concidit L. 43 pr. D. h. t.). Bewirken dagegen anderweitige Ereignisse (äußere Ursachen) den Einsturz des Hauses, so tragen sie daran Schuld und der Cavent hat daher für den Schaden nicht aufzukommen. Es müssen dies jedoch Ereignisse sein, welche mit unwiderstehlicher Gewalt (damnum cui nulla ope occurri poterit L. 24 §. 8 D. h. t.) und mit plötzlicher Heftigkeit über das Haus kommen und es ganz oder theilweise (L. 24 §§. 2. 4 L. 43 pr. D. h. t.) zerstören, wie Sturm, Erdbeben, Feuersbrunst, Ueberschwemmung[9]): in solchen Fällen stürzt das Haus nicht suo

ist durch eine der Billigkeit entsprechende Interpretation der Formel der Cautionsstipulation (quod aedium vitio damnum factum erit; vgl. Lenel edict. perpet. §. 292. Keller Pandekt. S. 307) bewirkt worden.

8) Ueber diese uneigentliche Bedeutung von Schuld sowie von vitium im objektiven Sinn (Ursache) vgl. Burckhard S. 137. Windscheid II §. 470 Note 1. Vgl. auch Unger in Grünhut's Zeitschr. XV S. 683 Note 29. Man kann jedoch in solchen Fällen nicht eigentlich von „Schuld ohne Zurechnung" (Windscheid) sprechen: vielmehr wird infolge des Zuges zur Personifizirung, der in der menschlichen Natur liegt, jene Ursache personifizirt und ihr die Wirkung zugeschrieben (zugerechnet) und zur Last gelegt. So spricht z. B. Cicero von temporum culpa, fortunae culpa, culpa erroris humani; vgl. Georges Lexicon s. h. v. Merguet Lexicon zu den Reden von Cicero s. h. v. (I S. 729. 730). — In diesem objektiven Sinn (Ursache) wird der Ausdruck „Schuld" gebraucht in §. 876 österr. bürg. Gesetzb.; vgl. Zeiller Comment. III S. 42. Pfaff Gutachten S. 37 Note 109 und in Grünhut's Zeitschr. VIII S. 703 Note 222.

9) L. 24 §. 3 D. h. t. (Ulpian.) . . . Et Labeo quidem scribit, de damno dato non posse agi, si quid forte terrae motu aut vi fluminis aliove quo casu fortuito acciderit. §. 4 Servius quoque putat, si ex aedibus promissoris vento tegulae dejectae damnum vicino dederint, ita eum teneri, si aedificii vitio id acciderit, non si violentia ventorum vel qua alia ratione, quae vim habet divinam. Labeo etiam rationem adjicit, quo (quod?) si hoc non admittatur, iniquum erit; quod enim tam

vitio, sondern vi tempestatis, vi fluminis, violentia ventorum ein[10]). Wäre aber das Haus so schlecht gebaut, daß es jeder Windstoß umwirft[11]), oder wird das Haus durch Wasser langsam und allmählich unterwaschen und stürzt dann zusammen[12]), so erfolgt der Einsturz nicht durch höhere Gewalt, sondern ist die Folge der inneren Beschaffenheit des Hauses, seiner schwachen oder geschwächten Widerstandskraft (infirmitas L. 43 pr. D. h. t.)[13]). Faßt man diese Ausführungen zusammen, so kann man sagen: das Haus steht auf Gefahr des Caventen; stürzt es infolge seiner Baufälligkeit ein, so hat der Cavent dem Nachbar den Schaden zu ersetzen, wenngleich er persönlich frei von Schuld ist.

---

firmum aedificium est, ut fluminis aut maris aut tempestatis aut ruinae incendii aut terrae motus vim sustinere possit? §. 5 Idem Servius putat, si controversia aquae insulam subverterit, deinde stipulatoris aedificia ceciderint, nihil eum ex stipulatu consecuturum, quia id nec operis nec loci vitio factum est . . . . .

10) Cf. L. 24 §. 9 D. h. t. (39. 2). Ueberdies haftet der Cavent aus dem Ersatzversprechen natürlich auch dann nicht, wenn das Haus durch dritte Personen zerstört wird. L. 24 §. 7 D. h. t. Vgl. Burckhard S. 517. 518.

11) L. 24 §. 10 D. h. t. Idem (Vivianus) ait, si damni infecti aedium mearum nomine tibi promisero, deinde hae aedes vi tempestatis in tua aedificia ceciderint eaque diruerint, nihil ex ea stipulatione praestari, quia nullum damnum vitio mearum aedium tibi contingit, nisi forte ita vitiosae meae aedes fuerint, ut qualibet vel minima tempestate ruerint. L. 43 pr. D. eod.

12) L. 24 §. 5 D. h. t. . . . Si autem aqua vitiet fundamenta et sit aedificium ruisset, committi stipulationem ait; multum enim interesse, quod erat alioquin firmum, vi fluminis lapsum sit protinus, an vero ante sit vitiatum, deinde sic deciderit . . . . § .11 Sed et quod Labeo putat verum est, referre utrum impulsu fluminis ruit aedificium, an deterius ante factum postea ceciderit.

13) L. 24 §. 2 D. h. t. . . Vitium autem aedium et loci esse Labeo ait, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit (vgl. zu dieser Stelle Burckhard S. 141 fg.).

Während nach römischem Recht der bedrohte Nachbar unmittelbar und zunächst nur einen Anspruch auf das Ersatzversprechen und erst mittelst desselben einen Anspruch auf Ersatzleistung hat, wovon nur in einigen Fällen aus Billigkeit eine Ausnahme stattfindet, wird ihm in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis nicht selten der Anspruch auf Ersatzleistung unmittelbar ohne das Mittelglied der Verbalcaution gewährt [14]). Hierin liegt doch wohl eine weder ungesunde noch unvernünftige Fortentwickelung des Rechts [15]). Denn da nach römischem Recht die Caution ohne weiters und ohne Bescheinigung einer Gefahr gefordert werden kann (L. 2. 19 §. 1 D. h. t.) [16]), so kommt das Erforderniß der Cautionsbestellung im Grunde doch auf eine bloße Formalität hinaus [17]). Dies ist denn auch der Standpunkt des sächsischen Rechts. Nach §. 351 sächs. Gesetzb. ist der „Eigenthümer eines Bauwerks dem Nachbar für den Schaden verantwortlich, welchen die Baufälligkeit desselben verursacht, wenn sie in Fehlern der Bauart oder im Mangel der erforderlichen Erhaltung ihren Grund hat": auf ein persönliches Verschulden des Eigenthümers kommt es hierbei weiter nicht an [18]).

14) Vgl. die Belege bei Burckhard S. 633 Note 27. Brinz Pandekt. I (2. Aufl.) S. 683 Note 102.

15) Anders urtheilen allerdings Burckhard S. 633 fg. und Brinz S. 683 fg. Im heutigen Recht tritt aber häufig Verpflichtung durch das Gesetz an Stelle der altrömischen Selbstverpflichtung; vgl. Ihering Zweck im Recht I² S. 48 Note. Auch G. Hartmann Die Obligation (1875) S. 23 Note 3 bemerkt, daß „die Zwischenschiebung von mancherlei bloßen Verbalcautionen (stipulationes praetoriae und judiciales) ihren Sinn verloren hat".

16) Burckhard S. 128 fg.

17) Der Eigenthümer des schadendrohenden Hauses ist dann auch nicht schlechter daran als nach röm. Recht: da er nicht als Cavent, sondern als Eigenthümer unmittelbar ersatzpflichtig ist, so kann er sich durch Dereliktion des Hauses von der Ersatzpflicht befreien.

18) Vgl. Siebenhaar Comment. I S. 304. Grützmann Lehrb.

Man muß aber in dieser Richtung noch einen Schritt weiter gehen und fragen, ob denn nicht wie der Nachbar so auch dritte Personen, welche im Verkehr auf der Straße[19]) durch den Einsturz eines baufälligen Hauses beschädigt werden, Anspruch auf Schutz haben sollen? Ja dieser Schutz des Publikums erscheint um so dringender und gebotener als der des Nachbars, da dieser die Beschaffenheit des Nachbarhauses leichter kennen und sich durch rechtzeitige Ergreifung von Maßregeln sichern kann. Wenn die Passanten schon gegen Beschädigungen durch Wurf oder Guß aus einem Hause geschützt werden, um wie viel mehr muß ihnen Schutz zu Theil werden in den weit häufigeren und gefährlicheren Fällen einer Beschädigung durch Einsturz eines Hauses oder eines Baugerüstes. Mit verstärktem Nachdruck ist hier zu sagen: publice utile est, sine metu et periculo per itinera commeari (L. 1 §. 1

des sächs. Privatr. I S. 270. 271. — Zu dem gleichen Ergebniß läßt sich doch wohl auch auf dem Boden des österr. Rechts gelangen (a. M. Randa Eigenthumsr. I[2] S. 138 und Krainz System II 1 §. 420 II 2 S. 335. 336), obgleich §. 343 nur von dem Anspruch auf Realcaution handelt (vgl. Steinbach S. 20 fg.). Für Diejenigen freilich, welche das bürgerl. Gesetzbuch, wenn auch nicht aus sich heraus, so doch aus den Protokollen heraus erklären zu sollen glauben, bietet in dieser Richtung ein kaum überwindliches Hinderniß die Aeußerung Zeiller's (Protokolle I S. 239), daß „von dem Eigenthümer des Gebäudes der unmittelbar aus seinem Verschulden entstandene Schaden auch ohne vorläufige Sicherstellung ersetzt werden müsse. Der Zwang zur Sicherstellung sei vielmehr nur ein Betreibungsmittel, die nöthigen Verbesserungen zeitig vorzunehmen."

19) Allerdings sagt dagegen Ulpian in L. 13. §. 4 D. h. t.: Ceterum neque ei, qui in meo deambulet, neque ei qui in meo lavet vel in mea taberna devertat, caveri debet. Nun mag man immerhin vielleicht noch sagen, daß derjenige, der ein fremdes Grundstück oder Haus betritt und sich dort aufhält, dies auf seine Gefahr thun müsse: aber auf den Verkehr auf öffentlicher Straße ist dies doch gewiß nicht anwendbar.

D. de his qui effud. 9. 3); iter facientibus prospiciendum est; ea loca, per quae iter solet fieri, securitatem debent habere (L. 1 §. 2 cit.). Diesen Schritt pro communi utilitate hat der Code civil a. 1386 gethan[20]), und es sind ihm hierin das badische Landr. a. 1386. 1386a, das zürcher. Gesetzb. §. 1885, das schweizer. Bundesges. Art. 67. 68 und der Codice civile Art. 1155 gefolgt. Hiernach steht das Haus auf Gefahr des Hausherrn: er ist für dasselbe verantwortlich und haftet (ex lege) sowohl dem Nachbar wie dritten Personen für den Schaden, welchen sie durch gänzlichen oder theilweisen Einsturz des Hauses aus inneren Gebrechen desselben (Fehlerhaftigkeit der Anlage oder Mangelhaftigkeit der Unterhaltung) erleiden[21]). Auf persönliches Verschulden des Eigenthümers des Bauwerks kommt es weiter nicht an: er ist ersatzpflichtig, wenngleich das Haus unmittelbar nach Uebernahme desselben von dem Baumeister[22]) oder dem Verkäufer oder während der (in subjektiver Beziehung rechtzeitigen) Vornahme der Reparatur zusammenfällt.

Der deutsche Entwurf (§. 735) folgt dem Prinzip des preußischen Rechts[23]) und steht hiermit auf dem Boden des Delikts[24]). Die Motive (II S. 817 vgl. III S. 259. 260) versichern ohne weiteres, daß „dieses Prinzip den Vorzug vor dem von den meisten neueren Gesetzgebungen angenommenen Prinzipe einer gesetzlichen Obligation verdient, denn es ent-

20) Sourdat II p. 588 sq. Demolombe XXXI p. 566 sq. Weinrich Haftpflicht S. 106 fg.

21) So auch Bähr Gegenentwurf §. 808.

22) Natürlich hat der Hauseigenthümer den Rückgriff gegen den Erbauer (Cod. civ. a. 1792), wie dies das schweiz. Bundesges. Art. 67 ausdrücklich hervorhebt.

23) Vgl. Dernburg Preuß. Privatr. I §. 219. Ebenso der dresden. Entw. Art. 1028.

24) Gegen den Entwurf (§. 735) Gierke S. 271. Binding Normen I S. 434. 435 Note 4. Schmidt Gutachten S. 1219 fg.

fernt sich am wenigsten von den allgemeinen Grundsätzen und . . . ist zur Erreichung des Zweckes des Gesetzes genügend". Nicht einmal eine Aenderung der Beweislast beliebt der Entwurf, da auch hierzu „kein Bedürfniß anerkannt werden kann". Es siegen also auch hier wieder „die allgemeinen Grundsätze" über die communis utilitas.

Auf dem Standpunkt des Delikts ist auch die Commission zur zweiten Berathung des deutschen Entwurfs stehen geblieben und hat sich damit begnügt, die Beweislast zum Vortheil des Beschädigten umzukehren (§. 759). Die Mehrheit derselben „hielt abweichenden Anträgen gegenüber an dem Erforderniß eines Verschuldens des Besitzers fest, da sie sich nicht zu überzeugen vermochte, daß in der Besonderheit des Falles ein rechtfertigender Grund für eine vom Verschulden unabhängige Haftung des Besitzers liege" (Jahrb. V S. 262).

XI.

Die Besonderheit und Größe der Gefahren, welche mit dem Eisenbahnbetriebe verbunden sind, und der Umstand, daß das Publikum sich auf die seiner Controlle gänzlich entzogenen Einrichtungen und Anordnungen der Eisenbahnverwaltung verlassen muß, haben dahin geführt, den Eisenbahnunternehmungen ein höheres Maß von Verantwortlichkeit aufzuerlegen. Nach dem rühmlichen Vorgange der preußischen Gesetzgebung im Jahre 1838 [1]), dem nach längerem Zwischenraume die österreichische Gesetzgebung [2]) gefolgt ist, hat

1) Ges. v. 3. Nov. 1838 §. 25: „Die Gesellschaft ist zum Ersatz verpflichtet für allen Schaden, welcher bei der Beförderung auf der Bahn an den auf derselben beförderten Personen oder Gütern oder auch anderen Personen und deren Sachen entsteht, und sie kann sich von dieser Verpflichtung nur durch den Beweis befreien, daß der Schaden entweder durch die eigene Schuld des Beschädigten oder durch einen unabwendbaren äußeren Zufall bewirkt worden ist. Die gefährliche Natur der Unternehmung selbst ist als ein solcher, von dem Schadenersatz befreiender Zufall nicht zu betrachten."

2) Ges. v. 5. März 1869 §. 1: „Wenn durch eine Ereignung im Verkehre einer mit Anwendung von Dampfkraft betriebenen Eisenbahn die körperliche Verletzung oder die Tödtung eines Menschen herbeigeführt wird, so wird stets vermuthet, daß die Ereignung (sollte vielmehr heißen: der Unfall oder die Schädigung) durch ein Verschulden der Unternehmung oder derjenigen Personen eingetreten sei, deren sie sich zur Ausübung des Betriebes bedient. Das Verschulden dieser Personen hat die Unternehmung ebenso wie ihr eigenes Verschulden durch Leistung des Ersatzes nach Maßgabe der §§. 1325 bis 1327 des a. b. G.B. zu vertreten. §. 2. Von dieser Ersatzleistung wird die Unternehmung nur dann und nur in dem

bekanntlich das deutsche Reichshaftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871 [3]) in §. 1 bestimmt, daß „wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt wird, der Betriebsunternehmer für den dadurch entstandenen Schaden haftet, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden der Getödteten oder Verletzten verursacht ist" [4]).

Diese strenge Haftpflicht ist im öffentlichen Interesse angeordnet: das Publikum (Passagiere, Passanten, Bahnpersonal) soll vor den mit dem Bahnbetriebe verbundenen Gefahren geschützt werden [5]). Auch hier kann man sagen: summa cum

---

Maße befreit, als sie beweist, daß die Ereignung (recte der Unfall) durch einen unabwendbaren (scil. äußeren) Zufall (höhere Gewalt, vis major) oder durch eine unabwendbare Handlung einer dritten Person, deren Verschulden sie nicht zu vertreten hat, oder durch Verschulden des Beschädigten verursacht wurde." Vgl. dazu Randa Ueber die Haftung der Eisenbahnunternehmungen (1869).

3) Ueber die Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes vgl. Endemann Die Haftpflicht der Eisenbahnen (3. Aufl. 1885) S. 1 fg. Piloty Das Reichsunfallversicherungsrecht I (1890) S. 23 fg.

4) Nach diesem Muster ist das schweiz. Ges. v. 1. Juli 1875 gearbeitet. Art. 2 desselben lautet: „Wenn beim Betriebe einer Eisenbahn oder Dampfschifffahrtunternehmung ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt wird, so haftet die Transportanstalt für den dadurch entstandenen Schaden, sofern sie nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch Versehen und Vergehen der Reisenden oder dritter bei der Transportanstalt nicht angestellter Personen ohne eigenes Mitverschulden der Anstalt oder durch die Schuld des Getödteten oder Verletzten selbst verursacht worden ist."

5) Dies erkennt auch Hafner Ueber den Begriff der höheren Gewalt (1886) S. 61 Note 37 an: es ist aber widerspruchsvoll und unrichtig, wenn er unmittelbar vorher bemerkt, daß der „Beweisnothstand des Beschädigten in Bezug auf die Fahrlässigkeit des Unternehmers resp. der Angestellten wohl ausschließlich die Haftpflicht motivirt". — Es ist auch nicht richtig, wenn man hin und wieder behauptet, daß der Unternehmer die Unfallskosten tragen müsse, weil sie einen Bestandtheil der Industriekosten bilden: vielmehr schlägt der Unternehmer die Unfallskosten zu den

utilitate id praetorem (legem) edixisse nemo est qui neget: publice enim utile est, sine metu et periculo per itinera commeari — iter (Reise oder Weg) facientibus prospicitur (L. 1 §. 1. 2 D. de his qui effud. 9. 3). Wer ein so gefährliches Unternehmen wie eine Eisenbahn betreibt, hat dies auf eigene Gefahr zu thun, nicht auf Gefahr Dritter: „die Gesellschaft, die solche gefahrvolle Betriebe gestattet, kann und muß verlangen, daß der Unternehmer auch die mit dem Betriebe gegebene Gefahr trägt, sie muß ihn schadenersatzpflichtig machen“[6]). Hiermit ist die Haftpflicht des Unternehmers über dessen eigenes Verschulden sowie über das Verschulden seiner Leute hinaus erstreckt und von demselben ganz unabhängig gestellt. Wie in jener Bestimmung des prätorischen Edikts wird denn auch in dem Haftpflichtgesetz keine Erwähnung von einem Verschulden gemacht (nec adjicitur culpae mentio L. 1 §. 4 D. cit. 9. 3)[7]), und es ist auch hier ähnlich wie bei der cautio damni infecti zu sagen: plus autem quam culpa venit in hanc obligationem ex lege[8]). Es handelt sich also auch nicht um eine Präsumtion oder Fiktion der Culpa[9]), sowie denn auch die

---

Unternehmungskosten, wenn und dafern er für sie nach dem Gesetz aufkommen muß.

6) E. Loening Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten (1879) S. 90. Vgl. auch Degenkolb im civ. Arch. LXXVI S. 52 Note 93. Gierke Die soziale Aufgabe des Privatrechts S. 33.

7) Vgl. hierzu insbes. Pernice Labeo II S. 247. 248; ferner Unger in den dogm. Jahrb. XXX S. 228 Note 6.

8) Ueber die unrichtige Auffassung dieser Haftpflicht als einer Quasideliktsobligation vgl. oben Nr. VIII Note 8.

9) Mißlungen in dieser (wie in anderer Beziehung) ist daher die Fassung des österr. Gesetzes v. 5. März 1869 (Note 2); vgl. Randa S. 23. Exner Der Begriff der höheren Gewalt (1883) S. 52 Note 45. Auch die allgemeinen Motive zum deutschen Haftpflichtgesetz sprechen

Haftung des Unternehmers durch Nachweis der Schuldlosigkeit nicht abgewendet werden kann: seine Haftpflicht ist eine unbedingte, seine Verantwortlichkeit eine Verantwortlichkeit ohne Schuld.

Während nun die Haftpflicht des Unternehmers solchergestalt eine unbedingte ist, ist sie jedoch keine ausnahmslose: alle Gesetze über die Haftpflicht der Eisenbahnunternehmungen erkennen Gründe der Befreiung von der strengen Haftung an und setzen solche in sachlich übereinstimmender Weise fest. Es giebt sonach Betriebsunfälle, für welche der Unternehmer unbedingt haftet, und Betriebsunfälle, für welche er nicht oder doch nicht schlechthin haftet. Worin liegt nun der innere Grund für diese Ausnahmen? Wie sind die Haftpflichtgesetze zur Aufstellung derselben gelangt? Welches sind die Kriterien dafür, ob ein Betriebsunfall in die eine oder in die andere Kategorie gehört? Diese Frage nach dem Verhältniß von Regel und Ausnahme und nach ihrer prinzipiellen Abgrenzung ist von der größten praktischen Wichtigkeit: die ganze Handhabung des Haftpflichtgesetzes hängt von der rich-

---

gelegentlich von einer Präsumtion des Verschuldens (Eger Comment. S. XIV. Genzmer Comment. S. 8), aber die Commentatoren gehen über diese Bemerkung mit Recht hinweg, und in der Literatur wird (mit Ausnahme von Weinrich Haftpflicht S. 150 fg. und Bar in Grünhut's Zeitschr. IV S. 81 Note 84) von der Aufstellung einer Schuldpräsumtion gänzlich abgesehen. Vgl. Eger Comment. (3. Aufl.) S. 3. 75 fg. Endemann Comment. (3. Aufl.) S. 16. Genzmer Comment. S. 34. 42. Westerkamp in Endemann's Handb. III S. 640. 641. Vgl. auch Merkel Encyclopädie §. 680. — Daraus, daß das österr. Gesetz v. 5. März 1869 die Haftpflicht der Eisenbahnunternehmungen in das falsche Gewand einer Rechtsvermuthung des Verschuldens kleidet (wogegen Arndts und ich seinerzeit im Herrenhause vergeblich angekämpft haben), lassen sich keine Folgerungen für die Auslegung desselben ziehen (wie dies von den Herausgebern der 6. Aufl. des Commentars von Stubenrauch II S. 547 Note 1 irrthümlich geschieht). Vgl. Note 22.

tigen Beantwortung derselben ab. Um zu einer befriedigenden Lösung zu gelangen, muß man auf die ratio legis zurückgehen.

Wer eine Eisenbahn betreibt, übernimmt hiermit die Verantwortlichkeit (Garantie) für den Betrieb und haftet nomine desselben. Er hat daher jene Gefahren zu tragen, welche mit dem Unternehmen verbunden sind und aus dem Betriebe selbst entspringen. Der Unternehmer muß für die Folgen des Betriebs einstehen und somit für jene Betriebsunfälle aufkommen, deren Entstehungsursache in dem Betriebe selbst liegt (innere Betriebsunfälle). Nimmt man auch hier wieder den Ausdruck Schuld im objektiven Sinne (gleich Ursache, Veranlassung), so kann man sagen, daß der Unternehmer für alle Betriebsunfälle zu haften hat, welche aus der eigenen Schuld des Betriebes entstehen[10]). Von selbst ergiebt sich hieraus, daß der Unternehmer für Betriebsunfälle nicht oder doch nicht schlechthin zu haften hat, welche durch außerhalb des Betriebs gelegene Ursachen, also durch fremde Schuld (im objektiven Sinne) entstanden sind[11]).

Zum Bahnbetriebe gehören die Bahnanlagen, das Betriebsmaterial, das Betriebspersonal: für die Betriebsunfälle, welche durch einen dieser drei Faktoren verursacht (verschuldet) werden, hat der Unternehmer zu haften, ohne daß es hierbei irgendwie weiter auf ein persönliches (subjektives) Verschulden ankömmt.

Der Unternehmer haftet hiernach unbedingt für alle Betriebsunfälle, welche aus der mangelhaften Beschaffenheit der

---

10) Auch die allgemeinen Motive zum deutschen Haftpflichtgesetz sprechen gelegentlich von einer Beschädigung „durch Schuld des Eisenbahnbetriebes" (Eger S. XIV. Genzmer S. 7).

11) Von diesem Gesichtspunkt geht auch Endemann S. 16. 55 aus, führt denselben aber nicht consequent durch; vgl. Note 14.

Betriebsanlagen entstehen. Stürzt ein Tunnel in Folge fehlerhafter Bauart ein, bricht eine Brücke zusammen, deren Pfeiler durch das im Winter sich ansetzende Treibeis oder durch den im Frühjahr schmelzenden Schnee morsch wurden, senkt sich das Terrain, während der Zug darüber fährt, obgleich bei der unmittelbar vorher vorgenommenen Begehung der Bahnstrecke dies nicht vorhergesehen werden konnte — in diesen und ähnlichen Fällen findet die Haftpflicht des Unternehmers ohne weiters statt[12]).

Ebenso unbedingt haftet der Unternehmer für die Güte und das richtige Funktioniren der Betriebsmittel. Findet an einem noch so solid gearbeiteten Waggon ein Achsenbruch statt, platzt der Dampfkessel einer aus der besten Fabrik bezogenen Lokomotive, springt ein Radreifen an einer Lokomotive in Folge von Frost[13]) — immer hat in Fällen solcher Art der Unternehmer für den Unfall aufzukommen[14]).

Endlich haftet der Unternehmer unbedingt auch für das Verhalten seiner Leute in Ausübung dienstlicher Funktionen[15]) und zwar für deren Verhalten schlechthin, nicht

---

12) Es sind hier dieselben Gesichtspunkte maßgebend wie bei der cautio damni infecti, nur daß man hier unbedingt auch ein selbständiges vitium loci annehmen muß (vgl. darüber Burckhard cautio damni infecti S. 146 fg.).

13) Man kann sich in diesem Fall per analogiam auf die in Nr. X Note 13 angeführte L. 24 §. 2 D. damn. inf. (39. 2) berufen.

14) Vgl. Eger Comment. S. 124 fg. Grenzmer Comment. S. 44. Unhaltbar ist die auf einer Halbheit beruhende Unterscheidung Westerkamp's S. 653 (dem Endemann S. 55 beistimmt), wonach der Unternehmer „nur für fehlerfreie, ordnungsmäßige Beschaffenheit seiner Materialien, nicht für Vollkommenheit" derselben zu haften habe: wo liegt die Grenze zwischen „fehlerfrei" und „vollkommen"? Vgl. dagegen auch Gerth Der Begriff der vis major (1890) S. 175.

15) Vgl. Eger S. 126 fg. Westerkamp S. 653. Exner Begriff der höheren Gewalt S. 63; dagegen jedoch Grenzmer S. 44. Ende-

bloß für deren Verschulden. Wird eine Weiche falsch gestellt oder ein unrichtiges Signal gegeben, weil der Bahnbedienstete plötzlich in Sinnesverwirrung geräth oder von Farbenblindheit befallen wird, oder entgleist der Zug, weil der Zugführer plötzlich wahnsinnig oder vom Schlag getroffen wird und dem Heizer darüber die Sinne schwinden, so ist der Betriebsunfall durch Schuld des nicht gehörig funktionirenden Betriebs herbeigeführt und daher von dem Unternehmer zu vertreten[16]).

Diese strenge Haftpflicht des Unternehmers wird die natürliche und wohlthätige Folge haben, daß derselbe bei dem Betriebe mit der äußersten Vorsicht und größten Sorgfalt zu Werke gehen wird. Diese gesteigerte Deligenz ist jedoch nur eine Wirkung, nicht der Grund und die Grenze der gesteigerten Verantwortlichkeit. Wäre es selbst zulässig, eine diligentia exactissima (diligentia diligentissimi) zu fordern[17]) und einen dritten Grad der Culpa (culpa levis-

---

mann S. 55. 56. Es kann in der That nur darauf ankommen, ob die von diesen Personen wenngleich außerhalb des Dienstes vorgenommene Handlung sich im gegebenen Falle als eine Betriebshandlung herausstellt oder nicht.

16) Vgl. insbes. Exner S. 68 fg. Genzmer S. 45. A. M. Baron im civ. Arch. LXXVIII S. 291, indem er mit Unrecht den technischen Begriff der vis major auch auf das Eisenbahnhaftpflichtgesetz anwendet (vgl. dagegen Note 23).

17) Für diligentia diligentissimi treten ein Studi Ueber den Begriff der höheren Gewalt (1890) und jetzt insbes. Baron in einer sehr lehrreichen Abhandlung im civ. Arch. LXXVIII S. 203 fg. Aber auch Baron lehrt (S. 294 fg.), daß „die Unüberwindlichkeit nicht subjektiv zu fassen und daß die Person des Schuldners bei ihrer Feststellung außer Acht zu lassen ist", und stellt sich hier hiermit auf den Boden sog. objektiven Theorie (vgl. unten Note 23). In der That handelt es sich also nicht um eine Steigerung der subjektiven Diligenz im gegebenen Fall und um Verantwortlichkeit wegen Außerachtlassung derselben in concreto, sondern um eine gesetzliche Steigerung der Haftung in abstracto, welche immerhin eine erhöhte Sorgfalt zur Folge haben wird. Baron drückt die ob-

sima)[18]) aufzustellen, so würde der Unternehmer dennoch durch den Nachweis, daß ihm selbst ein solches Verschulden nicht zur Last fällt, von der Haftung für innere Betriebsunfälle nicht befreit, da er prinzipiell für den subjektiv unverschuldeten Schaden zu haften hat. Ebensowenig wird der Unternehmer von der Haftpflicht frei durch den Nachweis, daß er die möglichst guten Einrichtungen und die umsichtigsten Vorkehrungen getroffen habe, um solche (innere) Betriebsunfälle zu verhüten[19]): gerade weil mit dem Bahnbetriebe Gefahren verbunden sind, welche sich durch die zweckmäßigsten Schutzvorrichtungen nicht gänzlich abwenden lassen, ordnet das Gesetz die Schadenlast in der Weise, daß der Unternehmer diese Gefahren zu tragen hat, nicht das Publikum.

Anders verhält es sich dagegen mit Ereignissen, welche von außen her störend auf den Bahnbetrieb einwirken und

---

jektive Theorie, welche man gewöhnlich negativ faßt (der Verantwortliche haftet nicht für Unfälle, quibus humana infirmitas resistere non potest), positiv aus: man haftet für alle Unfälle, quibus humana firmitas resistere potest. Vgl. auch Schey in dem Gutachten für den 22. deutschen Juristentag (Verhandl. II S. 50. 51).

18) Die Annahme einer culpa levissima sucht zu rechtfertigen Huber Zum Begriff der höheren Gewalt (Bern s. a.).

19) Hierin sieht bekanntlich Dernburg (in Grünhut's Zeitschr. XI S. 335 fg. Preuß. Privatr. II §§. 59. 301. Pandekt. I §. 1 Note 4 II §. 39) das Merkmal der den Unternehmer von der strengen Haftung befreienden vis major. Gegen diese Theorie, wodurch man doch wieder in die Strömung der Culpa geräth, vgl. Exner S. 28. 29 und insbes. Hölder Krit. Vierteljs. XXVI S. 536 fg.; vgl. auch Gerth S. 112 fg. Uebrigens nimmt Dernburg Pandekt. II §. 134 selbst bei der actio de dejectis et effusis, welche den Musterfall einer außercontraktlichen Haftung ohne Culpa bildet, nicht an, daß der Wohnungsinhaber durch den Nachweis befreit wird, daß er die möglichst guten Einrichtungen zur Verhinderung des Werfens und Gießens aus seiner Wohnung getroffen habe, sondern nur „durch den Nachweis einer Ueberwältigung z. B. durch Aufständische oder Feinde": das sind aber doch gerade die sonst von Dernburg perhorrescirten „ein für allemal bestimmten Zufälle" (II §. 39 Note 6).

an dem Betriebsunfalle Schuld tragen (äußere Betriebsunfälle). Es können dies Naturereignisse, Handlungen dritter (nicht zum Bahnpersonale gehörender) Personen[20], insbesondere auch Reisender[21]), und sonstige äußere Ereignisse sein (z. B. Laufen von Thieren über die Bahn). Es sind dies Gefahren, welche nicht an sich mit dem Betriebe der Bahn verbunden sind und aus demselben entspringen, sondern von auswärts über denselben kommen. Die ratio der unbedingten Verantwortlichkeit des Unternehmers findet hier ihre Grenze, und es treten die allgemeinen Grundsätze über Haftung aus subjektivem Verschulden in Wirksamkeit. Der Unternehmer haftet daher für äußere Betriebsunfälle nur dann, wenn ihn oder seine Leute hierbei ein Verschulden trifft. Im Interesse des Publikums ist jedoch eine Aenderung der Beweislast geboten: der Unternehmer muß den sog. Entlastungsbeweis führen, daß er in dem gegebenen Falle alle durch die Umstände gebotene Sorgfalt eines ordentlichen Betriebsführers aufgewendet hat, um den Unfall zu verhüten[22]). Der Unter-

---

20) In dem österr. und dem schweizer. Haftpflichtgesetz (Note 2 4.) werden diese Handlungen dritter Personen neben der höheren Gewalt angeführt, während sie im deutschen Haftpflichtgesetz darin inbegriffen sind: es zeigt sich auch hierin, daß vis major auf dem Boden des Haftpflichtgesetzes keine technische Bedeutung hat, sondern nur äußere, in concreto unverschuldete Unfälle bedeutet.

21) Im schweizer. Haftpflichtgesetz (Note 4) wird dies besonders hervorgehoben. Es unterliegt keinem Zweifel, daß dies ebenso auf dem Gebiete des deutschen und des österr. Haftpflichtgesetzes gilt. Vgl. Eger S. 132. Genzmer S. 45. Unhaltbar ist die abweichende Ansicht von Weinrich Haftpflicht S. 157. 158: wenn derselbe sich dafür auf L. 1 §. 8 L. 2. 3 pr. D. naut. (4. 9) beruft, so liegt auch hierin eine prinzipiell unstatthafte Hereinbeziehung der für die grundverschiedene Haftpflicht des Recipienten geltenden Rechtssätze; vgl. Note 23.

22) Käme es bei der Auslegung der österr. Haftpflichtgesetzes (Note 2. 9) in der That nicht auf die Unterscheidung innerer und äußerer Betriebsunfälle, sondern (wie die Herausgeber der 6. Aufl. von Stuben-

nehmer haftet sonach nicht für äußere in concreto unabwendbare Betriebsunfälle[28]).

rauch's Comment. II S. 547 Note 1 und Menzel in seinem hervorragenden Werke: Die Arbeiterversicherung nach österr. Recht 1893 S. 16 Note 15 annehmen), darauf an, ob der Betriebsunfall „durch Anwendung der denkbar größten Sorgfalt" oder durch „die größten Vorsichtsmaßregeln" in concreto abwendbar gewesen wäre, so wären die Eisenbahnunternehmungen verantwortlich, wenn sie es unterlassen, die ganze Bahnlinie entlang eine Mauer aufzuführen oder Wachtposten aufzustellen, um zu verhüten, daß Vieh über die Bahn läuft oder Selbstmörder sich auf die Schienen werfen.

28) Dies war denn auch im Wesentlichen die Formulirung des preuß. Eisenbahngesetzes (Note 1). In dem deutschen Eisenbahngesetze v. 7. Juni 1871 wurde jedoch diese Fassung durch den Ausdruck „höhere Gewalt" ersetzt und in den Motiven zu dem Gesetzentwurfe sowie in der Debatte darüber bemerkt, daß „diese Vertauschung im Anschluß an das deutsche H.G.B. Art. 395" erfolgt sei, daß beide Ausdrücke gleichbedeutend seien und eine Aenderung des Sinnes und Umfanges durch die Aenderung des Wortlautes des preußischen Gesetzes nicht beabsichtigt, letztere vielmehr lediglich deshalb erfolgt sei, um auch im Wortlaute die vollständige Uebereinstimmung mit dem Handelsgesetzbuche hervortreten zu lassen. Vgl. Eger S. 116 fg. Westerkamp S. 651 fg. Diese „Vertauschung", welche ungeachtet gewichtiger Einwendungen in der Debatte beliebt wurde, ist keine glückliche: man hat hiermit den Streit über den Begriff der vis major unnöthiger Weise auf das Gebiet des Haftpflichtgesetzes verpflanzt. Auch hat man hiermit zwar dem Wortlaute, nicht aber der Sache nach eine Uebereinstimmung mit Art. 395 H.G.B. erreicht. Beide Verhältnisse sind nämlich grundverschieden: in dem einen Falle handelt es sich um die Sicherung anvertrauter Effekten gegen Unfälle, welche dieselben treffen können, in dem anderen Falle um den Schutz von Personen gegen Unfälle, welche aus einem gefährlichen Gewerbebetriebe entstehen: dort wird Garantie für die Integrität einer Sache (rem salvam fore recipere), hier Garantie für die Unschädlichkeit eines Betriebs übernommen. Der Begriff der vis major hat auf dem Boden des römischen receptum nautarum, cauponum eine technische (spezifische) Bedeutung und ist von hier aus in das H.G.B. Art. 395 übertragen und aufgenommen worden (vgl. Dernburg Pandekt. I §. 1 Note 4). In Ansehung dieses technischen Begriffs der höheren Gewalt bekenne ich mich jetzt zu der sog. objektiven (absoluten) Theorie, wie sie bereits früher von Pernice Labeo II S. 347 fg. und Brinz Pandekt. II (2. Aufl.) S. 272 vertreten und seither von Exner Der Begriff der höheren Gewalt (1883) in geistvoller Weise entwickelt wurde. Vis

Ebensowenig haftet der Unternehmer für Betriebsunfälle, welche durch eigene Schuld des Getödteten oder Verletzten herbeigeführt sind[24]). Quod quis ex culpa sua damnum

major sind hiernach Unfälle, welche an sich (in abstracto) so beschaffen sind, daß ihnen humana infirmitas resistere non potest (L. 1 §. 4 D. de O. et A. 44. 7) und welche daher von vornherein (in thesi) dem Verantwortlichen nicht zur Last gelegt werden können, sondern vielmehr höheren Mächten (vis divina) oder dem Schicksale zugeschrieben werden müssen (damnum fatale L. 3 §. 1 D. naut. 4. 9). Es ist bemerkenswerth, daß Ulpian, wie in L. 3 §. 1 D. cit., so auch in L. 24 §§. 2. 3. 4. 5. 11 D. de damn. inf. (39. 2) sich auf Labeo beruft: dieser große Neuerer des Rechts (L. 2 §. 47 D. de O. J. 1. 2) und vielleicht auch der Sprache (Kalb Roms Juristen S. 43. 44) scheint sich sonach mit der vis divina und dem damnum fatale besonders beschäftigt zu haben. Vgl. auch Pernice Labeo II S. 349. Exner S. 33. 53 fg. Auf dem Boden der objektiven Theorie stehen seither auch Hölder Krit. Viertelj. XXVI S. 581 fg. Brückner Custodia S. 253 fg. 268 fg. („vis major ist der in abstracto unverschuldete Unfall" S. 265) und Wendt Pandekten S. 555. 556. (In der Note 14 angeführten scharfsinnigen, jedoch hyperkritischen Abhandlung hat Gerth den vergeblichen Versuch gemacht, die Existenz eines selbständigen und technischen Begriffs der vis major im röm. Recht in Abrede zu stellen, indem er über die Worte Ulpian's in L. 3 §. 1 cit.: Omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est durch eine höchst gezwungene Interpretation hinwegzukommen sucht. Vgl. auch Liter. Centralbl. 1891 Nr. 3.) Auf dem Boden des Haftpflichtgesetzes hat jedoch „höhere Gewalt" keine technische Bedeutung. Dieser Ausdruck bezeichnet hier nicht Unfälle von besonderer Beschaffenheit (casus majores, außerordentliche Unfälle), sondern Unfälle von bestimmter Herkunft (von außen her): vis major und äußerer Casus sind auf dem Gebiet des Haftpflichtgesetzes identische Begriffe. Ich stimme hierin zum Theil mit Gerth S. 171 fg. überein und weiche von Exner (vgl. insbes. S. 75 Note 50) ab, der den technischen Begriff der vis major auch auf das Haftpflichtgesetz anwenden will. Wie unpassend und schon dem Sprachgefühle widerstrebend aber der Ausdruck „höhere Gewalt" auf dem Boden des Haftpflichtgesetzes ist, zeigt sich bei Betriebsunfällen, welche ohne Verschulden der Bahnverwaltung dadurch entstehen, daß ein Selbstmörder sich auf die Schienen wirft, oder daß jemand muthwilligerweise Hindernisse auf das Bahngeleise bringt, oder daß Vieh über die Bahn läuft.

24) Behauptet der Verletzte, daß auch die Bahnverwaltung ein Ver-

sentit, non intelligitur damnum sentire (L. 203 D. de R. J. 50. 17). In dieser Beziehung hat in Theorie und Praxis die Frage Schwierigkeit gemacht, was Rechtens sei, wenn der Verunglückte ein Kind oder wahnsinnig oder sonst unzurechnungsfähig ist und sich daher nicht in einem „eigenen Verschulden" (wie die Haftpflichtgesetze lauten) befinden kann[25]). Darüber nun sollte wohl kein Zweifel sein, daß die Unternehmung für einen solchen Unfall nicht aufzukommen hat, da derselbe nicht durch „Schuld des Eisenbahnbetriebes" entstanden ist[26]). Der Ausdruck „Verschulden" läßt sich hier nicht bloß im subjektiven, sondern auch im objektiven Sinne verstehen, in welchem er Verursachung bedeutet (vgl. Nr. X Note 8): der unzurechnungsfähige Verunglückte hat den Unfall immerhin durch eigene Schuld (im objektiven Sinne) herbeigeführt und sich die Schädigung selbst zugezogen (per eum stetit cf. L. 18 pr. D. de const. pec. 13. 5).

So anerkennenswerth nun auch diese Spezialgesetzgebung über die strenge Haftpflicht der Eisenbahnunternehmungen ist, so ist sie dennoch unvollständig und ungenügend. Es ist zunächst kaum zu rechtfertigen, daß der Schutz gegen Betriebsunfälle auf Eisenbahnen nur für Leib und Leben der Personen

---

schulden hierbei treffe, so ist es seine Sache, dies zu beweisen: auf die Frage, welchen Einfluß das concurrirende Verschulden auf die Zuerkennung und Bemessung des Schadenersatzes übe, habe ich hier nicht einzugehen.

25) Vgl. Eger S. 132. 133. Genzmer S. 45. 50. Eine Uebersicht und Kritik der Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts auf Grund des Haftpflichtges. §. 1 giebt Gerth S. 194 fg. Die Praxis derselben ist allerdings schwankend, allein dies ist begreiflich, da man von dieser Materie in ähnlicher Weise wie von der Mora (L. 32 pr. D. de usur. 22. 1) sagen muß: Difficilis est hujus rei definitio, quaestio magis facti quam juris est. Freilich läßt sich andererseits nicht in Abrede stellen, daß gerade auf diesem Gebiete jus certum höchst wünschenswerth wäre; vgl. v. d. Leyden in der Zeitschr. f. Handelsr. XXXIII S. 433.

26) Zu demselben Resultate ist auf demselben Wege seither auch Wendt in den dogm. Jahrb. XXXI S. 176 fg. gelangt.

und nicht auch für deren Güter gewährt wird[27]), wenngleich es billig sein mag, in dieser Richtung eine Maximalgrenze der Ersatzpflicht festzusetzen, um den Unternehmern nicht eine allzu große und unbemessene Last aufzulegen. Viel wichtiger aber ist es, daß Eisenbahnunternehmungen nicht die einzigen Gewerbebetriebe von besonderer Gefährlichkeit sind. Auch mit dem Betriebe von Dampfschifffahrt[28]), Fabriken, Steinbrüchen und Bergwerken sind große Gefahren verbunden. Durch die moderne sozialpolitische Gesetzgebung sind nun allerdings Arbeiter und Angestellte (gewisser Kategorien) gegen Unfälle, welche aus dem Betriebe gefährlicher Gewerbe entstehen, in humaner Weise gesichert[29]). Werden aber dritte Personen durch die Explosion einer Dynamit- oder Petroleumfabrik oder durch weggeschleuderte Steine aus einem Steinbruch verletzt oder getödtet, so gewährt das heutige Recht (mit Einschluß des Reichshaftpflichtges. §. 2) ihnen oder ihren Hinterbliebenen nur einen prekären und ungenügenden Schutz. In dieser Richtung erscheint eine Fortbildung des Haftpflichtgesetzes (§. 1) als geboten[30]). Ich muß es dahingestellt sein lassen, ob es nicht möglich wäre, bei der Revision des deutschen Entwurfes das für Eisenbahnunternehmungen geltende strenge Haftpflichtrecht aus der Sonderstellung, welche ihm der Entwurf des Einführungsgesetzes Art. 24 (Motive S. 136 fg.) anweist, zu befreien und in entsprechender Ausdehnung auf

27) Vgl. auch Bar in Grünhut's Zeitschr. IV S. 80. In dem preuß. Eisenbahngesf. (Note 1) war dies geschehen; vgl. auch Art. 8 des schweiz. Haftpflichtges. v. 1. Juli 1875, wonach die Haftpflicht sich auch auf Sachen erstreckt, „welche der Getödtete oder Verletzte unter seiner eigenen Obhut führte".

28) Das schweiz. Haftpflichtges. Art. 2 erstreckt sich auch hierauf.

29) Auch das schweiz. Fabriksgesetz v. 25. Juni 1881 schützt nur Arbeiter und Angestellte, nicht aber dritte Personen und ist sonach „ein Sozialgesetz im eigentlichen Sinne" (Piloty Das Reichsunfallversicherungsrecht I S. 27. 28).

30) Vgl. auch Steinbach S. 61.

bestimmte andere gemeingefährliche Gewerbebetriebe dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich einzuverleiben: wünschenswerth wäre es gewiß[31]).

Auch bei der zweiten Berathung des deutschen Entwurfs lehnte es die Berathungscommission ab, eine Vorschrift über die Erweiterung der Haftpflicht in Fällen dieser Art in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen. „Man beschloß, für gewisse Unternehmungen eine Verschärfung der Haftung des Unternehmers über das reichsgesetzlich bestimmte Maß hinaus der Landesgesetzgebung vorzubehalten, nämlich für die Unternehmer eines Eisenbahnbetriebes oder eines anderen mit gemeiner Gefahr verbundenen Betriebes bezüglich der aus dem Betriebe entspringenden Gefahren“ (Jahrb. V S. 251). „Ebenso verwarf man einen Vorschlag, die Haftung im Falle der Explosion von Dampfmaschinen zu regeln; man nahm an, daß .... für eine weitergehende Sondervorschrift ein das Eingreifen des Bürgerlichen Gesetzbuchs nöthig machendes Bedürfniß nicht bestehe“ (Jahrb. V S. 263).

Läge es aber nicht doch im Interesse der wünschenswerthen Rechtseinheit, diese Materie von Reichswegen zu regeln? Es wird gewiß einen befremdenden Eindruck machen, und es kann selbst auf die Wahl des Standorts neuer Unternehmungen von Einfluß sein, wenn die Haftpflicht eines Unternehmers in Preußen etwa strenger sein sollte als in Sachsen, und wenn das Publikum gegen Beschädigungen durch die Explosion von Dampfkesseln in Bayern etwa ausgiebigeren Rechtsschutz finden sollte als in Würtemberg. Man könnte ja, wie dies in ähnlichen Fällen bereits geschehen ist, den Bundesrath ermächtigen, die in diese Kategorie fallenden gemeingefährlichen Unternehmungen im Verordnungswege zu bezeichnen.

31) Vgl. auch Gierke Der Entwurf S. 105.

XII.

Es ist ein Postulat des modernen Rechtsbewußtseins, daß ein Verurtheilter, dessen Schuldlosigkeit sich hinterher gerichtlich herausstellt, vom Staate in entsprechender Weise entschädigt werde. Die Forderung an die Gesetzgebung geht also dahin, daß das Unrecht, welches unschuldig Verurtheilte durch die richterlichen Organe des Staates, wenngleich ohne ein subjektives Verschulden derselben erlitten haben, vom Staate gutgemacht werde.

Wie ist diese Verantwortlichkeit ohne Schuld „dogmatisch-juristisch" zu begründen?

Es ist dies von zwei Gesichtspunkten aus möglich. Man kann zunächst geltend machen, daß der Irrthum demjenigen schaden muß, der darin versirt, daß man nicht auf fremde Kosten irren darf, sondern die Folgen seines Handelns (welches in diesem Fall ein staatliches Handeln ist) selbst zu tragen hat. Hiermit läßt sich die andere Begründung verbinden, daß der Staat, der das scharfe Schwert der Justiz führt, dasselbe auf eigene Gefahr handhaben muß, nicht auf Gefahr Dritter, welche schuldlos sind: wer eine gefährliche Waffe schwingt, muß für das Unheil aufkommen, welches er damit anrichtet.

Man hat noch eine Reihe anderer, mehr oder weniger zutreffender Argumente ins Feld geführt, um darzuthun, daß die Anforderung an das Recht, eine Verpflichtung des Staats zur Entschädigung unschuldig Verurtheilter zu statuiren, auf

innerer Gerechtigkeit und Billigkeit beruhe[1]). Der ganze Hergang ist von Interesse, weil er in empirischer Weise darthut, daß nur positives Recht wirkliches Recht ist[2]). Seit einem Jahrhundert wird diese Forderung erhoben, von Königen gebilligt, in der Literatur verfochten, auf Juristentagen verhandelt, in parlamentarischen Körperschaften gestellt[3]): dennoch wird die Entschädigung vom Staate so lange nur aus freien Stücken und aus Gnade gewährt, als sie nicht als Recht „gesetzt" ist. Wo dies geschehen ist, wie nunmehr auch in Oesterreich[4]), ist jus aequum geschaffen und hiermit der

1) Ein beliebtes häufig vorgebrachtes Argument ist die Analogie der Expropriation (Geyer in den „Zeit- und Streitfragen" Heft 169. 1882 S. 26. Merkel Encyclopädie §. 683 S. 294): allein man übersieht hierbei den wesentlichen Unterschied, daß die Expropriation einen bewußten absichtlichen Eingriff in die fremde Rechtssphäre enthält, während es sich hier um einen irrthümlichen unverschuldeten Eingriff in die Freiheitssphäre eines Schuldlosen handelt. — Steinbach Ersatz von Vermögensschäden S. 85 fg. will in diesem Falle das „Prinzip der Schadenvertheilung" zur Anwendung bringen: allein dann müßte der unschuldig Verurtheilte einen verhältnißmäßigen Theil des erlittenen Schadens selbst tragen (L. 1. 2 pr. D. de leg. Rhod. 14. 2).

2) Vgl. darüber neuestens Bergbohm Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I 1892 und den ersten der zwei Vorträge von Lotmar (Bern 1893). Vor Uebertreibungen in dieser Richtung warnt E. Hartmann in seiner schönen Festschrift: Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph. 1892 (insbes. S. 101. 102). Vgl. nunmehr auch Jodl in der Prager jurist. Viertelj. XXV 1 fg.

3) Ueber das Geschichtliche vgl. Geyer in „Nord und Süd" XVIII S. 167 fg. und in den „Zeit- und Streitfragen" S. 9 fg. Vgl. jetzt auch Berolzheimer Die Entschädigung unschuldig Verurtheilter und Verhafteter (1891) S. 7 fg.

4) Ges. v. 16. März 1892 (R.G.Bl. Nr. 64). Obwohl dieses Gesetz in Ansehung der Voraussetzungen, des Umfangs und wohl auch der Vererblichkeit des Entschädigungsanspruchs Manches zu wünschen übrig läßt, ist es doch mit Dank zu begrüßen. Zu den Mängeln desselben ist es jedoch m. E. nicht zu rechnen, daß der Entschädigungsanspruch nur dann ausgeschlossen ist, wenn der Verurtheilte die ungerechtfertigte Verurtheilung absichtlich herbeigeführt hat (§. 1 Abs. 2), da die bloße Fahrlässigkeit im

Billigkeitsanspruch zu einem Rechtsanspruch auf Entschädigung erhoben [5], welcher jedoch nicht auf Ersatz des erlittenen Vermögensschadens beschränkt sein, sondern auch Vergütung für Verlust an Freiheit und Gesundheit sowie für erduldete Kränkung umfassen sollte [6].

Dieser Entschädigungsanspruch ist öffentlichrechtlicher Natur [7]. Wie der Staat in Ausübung seiner Justizgewalt den

---

prozessualen Verhalten in concreto schwer faßbar ist und eine Berücksichtigung derselben leicht zu unbilliger Verweigerung der Entschädigung führen könnte. A. M. Geyer „Zeit- und Streitfragen" S. 31 fg. 42. Klewitz im Arch. f. öffentl. Recht VII S. 321.

5) Es war daher ein müßiger Streit, welcher im österr. Abgeordnetenhause zu wiederholten Malen und mit großem Eifer darüber geführt wurde, ob die zu statuirende Entschädigungspflicht des Staates als Rechtspflicht oder als Humanitätspflicht anzusehen sei. Ebenso müßig war der Streit darüber, ob „angemessene Entschädigung" oder „billige Vergütung" zu gewähren sei: beide Formeln sind identisch. „Billig" bedeutet „den individuellen Verhältnissen und Umständen angemessen" (System I S. 71. 72); den Ausdruck „Vergütung" („angemessene Vergütung") gebraucht das österr. bürg. Gesetzbuch an vielen Stellen (§§. 333. 415. 515. 517. 690. 824. 872. 1015) statt „Entschädigung"; ja es nennt §§. 1336 1337 die Conventionalstrafe „Vergütungsbetrag". Die Unrichtigkeit der in der Debatte des österr. Abgeordnetenhauses vom 15. Febr. 1892 (Stenograph. Protokolle XI. Session. 15. Sitzung S. 5269) vorgebrachten Behauptung, daß das österr. bürg. Gesetzb. nirgends von einer „angemessenen" Entschädigung spricht, ergiebt sich schon aus §. 365; vgl. ferner §§. 1119. 1153. 1155. 1168.

6) Auf einem selbständigen, von der Entschädigungspflicht des Staates unabhängigen Fundament beruht der Anspruch des unschuldig Verurtheilten gegen den Staat auf Rückerstattung von ungebührlich bezahlten Strafgeldern und Strafprozeßkosten: auch dieser Anspruch (condictio sine causa) ist öffentlichrechtlicher Natur und in Oesterreich vor dem Reichsgericht verfolgbar.

7) Vgl. hierüber Jellinek in seinem tiefen und festen Grund legenden „System der subjektiven öffentlichen Rechte" (1892) S. 232 Note 2 (und dazu die während des Druckes dieser Abhandlung erschienene gründliche und fördernde Besprechung von Tezner in Grünhut's Zeitschr. XXI S. 107 fg. insbes. S. 189) und in Grünhut's Zeitschrift XX S. 455 fg.

vermeintlich Schuldigen durch seine richterlichen Organe mit Strafe belegt hat, so hat er als Träger der Justizhoheit den hinterher als schuldlos Erkannten zu entschädigen, wie er ja auch in der gleichen, öffentlichrechtlichen Eigenschaft den etwa noch in ungerechtfertigter Strafhaft Befindlichen zu enthaften hat. Da also der Anspruch des unschuldig Verurtheilten auf Entschädigung, ebenso wie dessen eventueller Anspruch auf Enthaftung, gegen den Staat „als solchen" (als Träger des Imperium) gerichtet ist, ist er öffentlichrechtlicher Natur [8]).

Vertahren

Wo nun, wie in Oesterreich, ein Gerichtshof des öffent-

Ich muß es mir versagen, an dieser Stelle in eine tiefere Erörterung der Frage einzugehen, worin das Kriterium für die fundamentale Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht liegt.

8) Unhaltbar ist die in der Debatte des österr. Abgeordnetenhauses v. 15. Febr. 1892 (Stenogr. Protokolle S. 5262. 5263. 5270) erfolgte Charakterisirung des Entschädigungsanspruchs unschuldig Verurtheilter als eines „gemischten": öffentlichrechtlich, weil derselbe sich gegen den Staat richte, und privatrechtlich, weil er einen „ganz gewöhnlichen vermögensrechtlichen Inhalt" habe. Auch E. Ullmann Gutachten für den XXII. deutschen Juristentag I S. 528 fg. meint, daß hier „offenbar ein aus publicistischen und privatrechtlichen Elementen gemischtes Rechtsverhältniß vorliegt" (S. 541). Von einem Rechtsverhältniß mag man vielleicht immerhin noch sagen können, daß es so beschaffen sei, daß Ansprüche von verschiedener rechtlicher Natur aus demselben entspringen: aber ein und derselbe Anspruch, der stets eine einfache Größe ist, kann nimmermehr „gemischter" Natur sein. Daß der Anspruch auf Schadenersatz gerichtet ist, ist für die rechtliche Natur desselben ganz irrelevant (vgl. Pražak im Arch. für öffentl. Recht IV S. 300). Die Begriffe „vermögensrechtlich" und „privatrechtlich" sind nicht identisch und decken sich nicht: es giebt Gewaltverhältnisse, welche privatrechtlicher Natur sind, und vermögensrechtliche Verhältnisse, welche öffentlichrechtlicher Natur sind (vgl. Jellinek System S. 55 fg. und in Grünhut's Zeitschr. XX S. 458. Wach Handbuch des Civilpr. I S. 88 fg. Thon Rechtsnorm und subjektives Recht S. 144 fg.). Die Verpflichtung des besiegten Staates zur Leistung einer Kriegsentschädigung ist ebenso publicistischer Natur, wie der Anspruch des Staates auf Entrichtung einer Vermögenssteuer. Der Anspruch des Staatsbeamten auf Gehalt geht ebenso wie der Lohnanspruch aus einer

lichen Rechts für publicistische Vermögensansprüche gegen den Staat besteht [9]), ist es natur- und sachgemäß, die Entschädigungsansprüche unschuldig Verurtheilter diesem Forum zuzuweisen, wie dies denn auch durch das Gesetz v. 16. März 1892 §. 8 geschehen ist [10]). In den Ländern, in welchen es an einem solchen Gerichtshofe fehlt, wird, wie in so manchen anderen Fällen, „die Civilrechtspflege für die mangelnde öffentliche Rechtspflege vikariiren" müssen (Wach Handb. des Civilproz. I S. 95) und der öffentlichrechtliche Entschädigungsanspruch auf den sog. ordentlichen Rechtsweg [11]) zu verweisen

---

privatrechtlichen locatio conductio operarum auf eine Geldleistung: dennoch ist er, wie fast allgemein mit Recht angenommen wird, öffentlichrechtlicher Natur (Laband Staatsrecht I² S. 490 fg. Wach Handb. I S. 95. 96).

9) Die Judikatur über solche öffentlichrechtliche Ansprüche ist eine der Funktionen des österr. Reichsgerichts (Staatsgrundges. vom 21. Dezbr. 1867 Art. 3 lit. a), welches ferner Competenzconflikte zu lösen (Art. 2) und über sogen. politische Verwaltungsbeschwerden zu entscheiden hat (Art. 3 lit. b).

10) In dieser Zuweisung lag nicht, wie behauptet wurde, eine (der Zweidrittelmajorität bedürfende) Erweiterung der Competenz des Reichsgerichts. Eine Erweiterung der Gerichtscompetenz ist überhaupt nur dann vorhanden, wenn der Wirkungskreis des Gerichts auf eine neue Kategorie von Rechtssachen erstreckt wird, nicht aber, wenn eine Rechtsangelegenheit vom Gesetz in einer Weise charakterisirt wird, daß sie infolge dessen von selbst in die bereits bestehende Kategorie fällt: bei der Erweiterung der Competenz findet eine Abänderung des Obersatzes statt, während bei der Subsumtion die Unterstellung eines neuen Falles unter den unverändert bleibenden Obersatz vorgenommen wird. So hat eine Erweiterung der Competenz der Handelsgerichte in Oesterreich dadurch nicht stattgefunden, daß die zum Geschäftsbetriebe gehörenden Geschäfte der öffentlichen Lagerhäuser als Handelsgeschäfte erklärt wurden (§. 6 Ges. v. 28. April 1889 R.G.Bl. Nr. 64 §. 38 österr. Einführungsges. zum H.G.B.), wohl aber durch die Vorschrift in §. 3 des österr. Ges. v. 5 März 1869 (R.G.Bl. Nr. 27), welche Entschädigungsansprüche der durch Betriebsunfälle auf Eisenbahnen verletzten Personen vor die Handelsgerichte gewiesen hat.

11) Diese Bezeichnung des Civilrechtswegs hat unter den heutigen

sein[12]). Jedenfalls aber empfiehlt es sich, wie dies auch sonst nicht selten geschieht[13]), den Verwaltungsweg und den Rechts-

Verhältnissen keinen rechten Sinn mehr. Der Weg (Gang) zu den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts ist auch ein „Rechtsweg" („Rechtsgang"), da „Recht" hier die Bedeutung von „Gericht" hat (wie in der altdeutschen Pfändungsclausel „mit und ohne Recht" und in dem technischen Ausdruck „von Rechtswegen" im Gegensatz „von Amtswegen"; vgl. Stölzel Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung 1888 I S. 25. 26. Fünfzehn Vorträge 1889 S. 4 fg.), und dieser Weg ist nicht minder ein „ordentlicher" (ordnungsmäßiger) als der Weg zu den Civilgerichten.

12) Wie dies auch in den von Rintelen und von Träger im deutschen Reichstag gestellten Anträgen v. 13. Nov. 1890 (Anlagen Nr. 144), v. 2. Dez. 1890 (Anlagen Nr. 155) und v. 22. Nov. 1892 (Anlagen Nr. 18) geschieht. E. Ullmann Gutachten S. 540 fg. meint, daß „die Consequenzen der juristischen Natur dieses Ersatzanspruchs auf prinzipiellem Gebiete" „kraft des organischen Zusammenhangs" „mit Nothwendigkeit" auf die Competenz des Strafrichters zur Entscheidung darüber drängen. Ganz abgesehen davon, daß für Fragen der Competenzregulirung und des Verfahrens innerhalb gewisser natürlicher Schranken für den Gesetzgeber vor allem Zweckmäßigkeitsgründe entscheidend sind (vgl. auch Jellinek in Grünhut's Zeitschr. XX S. 460 fg.), verlangt doch die Consequenz sicherlich nicht, daß der Staat das durch eines seiner Organe zugefügte Unrecht gerade durch eben dieses Organ wieder gutmache. Auch erscheint die Forderung von Ullmann und Stenglein (im Gerichtssaal XLV S. 381), daß die Entscheidung über die Entschädigungsansprüche unschuldig Verurtheilter im sog. Adhäsionsprozeß erfolgen solle, um so eigenthümlicher, als die deutsche Strafprozeßordnung das Adhäsionsverfahren grundsätzlich aufgegeben hat. Vgl. Hoegel in Grünhut's Zeitschr. XX S. 265 fg. und jetzt insbes. E. Ullmann Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts (1893) S. 94 fg.

13) Zahlreiche Fälle dieser Art aus dem Gebiet des deutschen Reichs- und Landrechts bei Wach Handb. des Civilproz. I S. 113 Note 90. Der wichtigste derselben betrifft die Gehaltsansprüche der preußischen und der Reichsbeamten sowie die Pensionsansprüche derselben und der Militärpersonen, worüber mangels eines Gerichtshofs des öffentlichen Rechts die Civilgerichte nach vorhergegangener Entscheidung im administrativen Instanzenzug zu erkennen haben. Preuß. Ges. v. 24. Mai 1861. §§. 1—8. Reichsbeamtenges. v. 31. März 1873 §§. 149 fg. Militärpensionsges. v. 27. Juni 1871 §§. 113—115. Laband Deut-

weg zu combiniren[14]) und über den Entschädigungsanspruch eine Vorentscheidung durch die oberste Justizbehörde eintreten zu lassen[15]): es wird dadurch in vielen Fällen der umständlichere Prozeßweg vermieden werden, wenn diese Verwaltungsbehörde bei der Zumessung des Entschädigungsbetrages nicht ängstlich und kärglich zu Werke geht.

---

sches Staatsr. I² S. 490 fg. Schulze Preuß. Staatsr. I S. 336 fg. Auch im österr. Recht giebt es viele Fälle, in welchen der definitiven Entscheidung des Richters (des Civilrichters oder des Gerichtshofes des öffentlichen Rechts) eine provisorische Entscheidung der Verwaltungsbehörde vorauszugehen hat. Vgl. auch Art. XV Abs. 1 des Staatsgrundgesetzes v. 21. Dezbr. 1867 (R.G.Bl. Nr. 144) über die richterliche Gewalt. Hieraus ergiebt sich die Unrichtigkeit der in der Debatte des österr. Abgeordnetenhauses v. 15. Febr. 1892 (Stenogr. Protokolle S. 5262) vorgebrachten Behauptung, daß es „allen unseren Traditionen und Gepflogenheiten widerspricht, reine Rechtsansprüche . . . . der Administrativbehörde zur (sc. bloß provisorischen) Entscheidung zu überlassen".

14) Hierdurch wird die Rechtssache, wie E. Ullmann Gutachten S. 541 meint, nicht zu einer Verwaltungssache oder zu einer „gemischten" Angelegenheit.

15) Dieser Modus wird im österr. Gesetz v. 16. März 1892 §. 7 vorgeschrieben, in den Note 12 erwähnten Anträgen empfohlen und auch von Jellinek in Grünhut's Zeitschr. XX S. 461 fg. gebilligt.

XIII.

Während es auf dem Gebiete des römischen und gemeinen Rechts überaus streitig ist, unter welchen Voraussetzungen die in einem Rechtsstreit (vollständig) unterliegende Partei zur Erstattung der Prozeßkosten[1]) an den Sieger verbunden ist[2]), steht im modernen Prozeßrecht der Grundsatz fest, daß

1) Für die Prozeßkosten muß unter Umständen Sicherheit geleistet werden (cautio pro impensis, cautio actoria §§. 102 fg. deutsche C.P.O.). In Ansehung der Mittel der Sicherheitsleistung findet eine merkliche Discrepanz statt zwischen Civilrecht (deutscher Entw. II §§. 196 fg.) und Prozeßrecht (§. 101 deutsche C.P.O., vgl. hierzu die Begründung in Hahn's Materialien zur C.P.O. I S. 204). Es ist gewiß nur zu billigen, daß bei der zweiten Lesung des deutschen Entwurfs, „um den Werth der Bürgschaftsbestellung als Sicherheitsleistung zu erhöhen" (Jahrb. II S. 728) und „dem Sicherheitsberechtigten die Rechtsverfolgung gegen den Bürgen thunlichst zu erleichtern" (Beitr. II S. 681), die Bestimmung aufgenommen wurde, daß „die Bürgschaftserklärung unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage schriftlich zu erfolgen hat" (§. 203 Abs. 2). Vgl. auch Entw. II §. 512 Abs. 2. Liegt aber hierin nicht ein klares Anerkenntniß, daß die Einrede der Vorausklage dem Wesen und Zweck der Bürgschaft widerstreitet und daß diese „Rechtswohlthat" des Bürgen für den Gläubiger zur „Plage" wird? (Vgl. Unger in den dogm. Jahrb. XXIX S. 1 fg.) Ob wohl „der in dieser Einrede ausgeprägte Gedanke" wirklich „dem heutigen Volksbewußtsein durchaus entspricht", wie die Berathungscommission angenommen hat? (Jahrb. IV S. 911.)

2) Die Schwierigkeit liegt in der Mehrdeutigkeit der Ausdrücke temere und improbus. Nach der herrschenden Meinung tritt die Ersatzpflicht der besiegten Partei (wenigstens nach justinianischem Recht) unbedingt ein. Vgl. Heffter System des Civilproz. 2. Aufl. §. 278. Linde Lehrb. des Civilproz. 7. Aufl. §. 119. Bayer Vorträge 8. Aufl. S. 76 fg. Re-

diese Verpflichtung unbedingt, also unabhängig von einem sub-

nand Lehrb. der Civilproz. §. 228. Bethmann-Hollweg Der röm. Civilproz. III S. 232. 233 und ganz besonders Wetzell System des gem. Civilproz. 3. Aufl. S. 562 fg. Vgl. auch L. Seuffert in der Krit. Vierteljahrsschr. XXIX S. 249 und Tuhr Nothstand S. 97. 98. — Dem gegenüber geht eine andere Ansicht dahin, daß der Besiegte nur im Fall von Dolus (und etwa culpa lata) zur Erstattung der Prozeßkosten verpflichtet ist. Diese Ansicht, für welche der historische Zusammenhang (§. 1 J. de poena temere litig. 4. 16) und insbesondere das Zeugniß von Theophilus Paraphrasis Instit. ad h. t. (welcher improbus litigator mit ἀναίσχυντον λιτιγάτωρα wiedergiebt) spricht, ist bereits im vorigen Jahrhundert gründlich und scharfsinnig entwickelt worden von Hennemann Beytrag zu der Rechtstheorie von Erstattung der Prozeßkosten 1789 (47 SS.) Zwoter Beytrag 1792 (163 SS. Diese Schrift, welche zwar hin und wieder noch citirt, aber nicht gelesen zu werden pflegt, verdient nicht der Vergessenheit anheimzufallen) und wird in neuerer Zeit vertreten von (Jakob) Dernburg Abhandlungen aus dem gemeinen und franz. Civil- und Prozeßrecht (1849) S. 119 fg. 131 fg. und nunmehr auch von Klein in der trefflichen Schrift: Die schuldhafte Parteihandlung (1885) S. 92 fg. — Einer dritten Meinung zufolge tritt die Ersatzpflicht im Fall subjektiven Verschuldens überhaupt ein, also nicht nur im Fall von Dolus (Chicane oder Calumnia), sondern auch im Fall von culpa levis (oder gar levissima) und findet eine praesumtio juris des Verschuldens statt. So Weber Ueber die Prozeßkosten 5. Aufl. 1811 (mittelst Anwendung der lex Aquilia und insbes. der L. 44 pr. D. h. t. 9. 2), dem Gönner Handb. des gem. Proz. (2. Aufl. 1804) I S. 317. 475. Schmid Handb. des gem. Civilproz. I S. 193 fg. (jedoch mit Verwerfung der culpa levissima). Martin Vorles. über die Theorie des Prozesses (1855) I S. 261 fg. (jedoch mit Ablehnung der Anknüpfung an die lex Aquilia) und Osterloh Lehrb. des gem. Civilproz. I (1856) §. 160 folgen. Ebenso jetzt auch Erman in der in rechtsgeschichtlicher Hinsicht beachtenswerthen Schrift: La restitution des frais de procès en droit romain im Recueil inaugural de l'université de Lausanne (1892), Travaux de la faculté de droit p. 22 sq. (Ermann übersieht S. 40. 41 Note 1, daß den Worten in L. 5 §. 3 C. de fruct. 7. 51: ἐπὶ ἀμφιβόλῳ πράγματι δικαζόμενον die Worte vorhergehen: τῇ ἀληθείᾳ οὐχὶ συκοφάντην: der Richter soll den Besiegten nicht in die Prozeßkosten verurtheilen, wenn er wegen Zweifelhaftigkeit des Falles findet, daß derselbe nicht wider besseres Wissen gestritten hat.) Auf diesem letzteren Standpunkte steht noch die badische C.P.O. v. 1851 §§. 169. 170.

jektiven Verschulden der verlierenden Partei stattfindet: so in Deutschland (§§. 87. 88 C.P.O.) und Oesterreich (§. 24 Ges. v. 16. Mai 1874), in Frankreich (art. 130 Code de proc. civ.) und Italien (art. 370 Cod. di proc. civ.)[3]) sowie in England[4]).

Ueber den Rechtsgrund dieser absoluten Ersatzpflicht besteht bekanntlich große Meinungsverschiedenheit[5]).

Mit der Erklärung, daß der unterliegende Theil deshalb zur Erstattung der Prozeßkosten verpflichtet sei, weil er dieselben dem Gegner verursacht hat[6]), ist nichts gewonnen. Die Frage ist ja eben, warum in diesem Fall die bloße Verursachung ohne das Moment des subjektiven Verschuldens zur

---

3) Während aber im Art. 370. Abs. 1 als Regel ausgesprochen wird: La parte soccombente è condannata nelle spese del giudizio, fügt der 2. Abs. die bedenkliche Beschränkung hinzu: Quando concorrono motivi giusti, le spese possono dichiararsi compensate in tutto o in parte. Die italienische Jurisprudenz läßt eine solche sog. Compensation nicht nur bei mutua victoria, sondern auch in re dubia und im Fall eines günstigen Urtheils in einer Unterinstanz zu. Vgl. Cuzzeri Il cod. ital. di proced. civ. I (1876) p. 516 sq. (nr. 3. 26).

4) Schuster Die bürgerliche Rechtspflege in England (1887) S. 190 fg. Vgl. auch Holland General Jurisprudence 5. edit. p. 160. 308. 309. 331. 332 (p. 160 Note 4 verwechselt er jedoch die cautio judicatum solvi mit der cautio actoria).

5) Unhaltbar ist die Ansicht, daß der Ersatz der Prozeßkosten „lediglich mit zum Ersatz der omnis causa" gehört (Hinschius in Holtzendorff's R.L. s. v. Kostentragung II³ S. 569). Die Prozeßkosten gehören überhaupt nicht in die Kategorie der Accessionen (Früchte, Zinsen), und wie könnte insbesondere bei dem siegenden Beklagten von Zuwachs die Rede sein? Vgl. dagegen auch Dernburg S. 110. 145.

6) So Canstein Lehrbuch des österr. Civilprozeßr. I² S. 368 fg. 374 fg. und Francke in der Zeitschr. f. deutschen Civilprozeß VI S. 64 fg., der überdies diese Ersatzpflicht als eine obligatio quasi ex delicto bezeichnet, während es sich doch um eine obligatio ex lege handelt. — Auf das Moment der Verursachung kommt doch wohl auch die Begründung von Planck Lehrb. des deutschen Civilprozeßr. I (1887) S. 379 fg. hinaus.

Begründung der Ersatzpflicht genügt. Auch hat bereits Hennemann scharfsinnig bemerkt, daß es der Sieger, dafern nur der Unterliegende nicht wider besseres Wissen gestritten hat, nicht diesem, sondern vielmehr der Illiquidität des geltend gemachten Anspruchs (resp. des Freiseins vom erhobenen Anspruch) zuzuschreiben hat, daß er zur Prozeßführung genöthigt war.

Von ganz anderem Gewicht und Werth ist die Ansicht, wonach der innere Grund für die Vertheilung der Schadenlast in diesem Falle darin zu finden ist, daß der gewinnende Theil um die Früchte seines Sieges gebracht würde, wenn er die Kosten seiner Prozeßführung nicht auf den unterlegenen Gegner überwälzen dürfte. Diese Meinung findet in neuerer Zeit immer mehr Verbreitung und gelangt in verschiedenen Wendungen zum Ausdruck: „der Sieger soll keine materielle Einbuße erleiden" (Menger in Grünhut's Zeitschr. VII S. 657. Fitting Der Reichscivilprozeß 7. Aufl. S. 819); „der Rechtsschutz darf den Rechtserfolg nicht schmälern" (Waldner Die Lehre von den Prozeßkosten 1883 S. 60. 111)[7]) „der Sieg der obsiegenden Partei wäre kein vollständiger,

7) Waldner (S. 5 fg. 60 fg. 190 fg.) findet den Rechtsgrund für den Anspruch des siegreichen Klägers auf Kostenerstattung in der (doch nich immer vorhandenen) Mora des Beklagten („die Prozeßkosten sind eine Verzugsfolge, ein Element des Zeitinteresses, ein Verzugsgebilde") und verwechselt die Prozeßkosten mit den (gleichfalls von Verzug unabhängigen) Prozeßzinsen (dereu Entrichtung der deutsche Entw. II §. 247 mit Recht vorschreibt). Ebenso unrichtig ist die Ableitung der Kostenerstattungspflicht des unterliegenden Klägers aus der Rechtswidrigkeit der Anspruchsanmaßung, da das Klageführen an sich nichts Widerrechtliches ist. (Vgl. dagegen auch Seuffert Comment. zur D.C.P. 6. Aufl. 1893 S. 130.) So unbefriedigend die prinzipielle und historische Darstellung in dieser Schrift ist, so gelungen und dankenswerth sind die Einzelausführungen (S. 64 fg.), wie dies auch Bar in Grünhut's Zeitschr. XIII S. 203 fg. anerkennt.

wenn er nur durch das Opfer von Kosten zu erlangen wäre" (Kohler Der Prozeß als Rechtsverhältniß 1888 S. 81. 139)[8]). Diese Begründung vermag in der That Befriedigung zu gewähren, und ein moderner Gesetzgeber mag sich mit gutem Grund auf diesen Standpunkt der Billigkeit und Zweckmäßigkeit stellen und von ihm aus die vielbestrittene Materie im Prinzip und im Einzelnen lösen[9]). Aber es bleibt doch immerhin auffallend, daß dieser „natürliche Gedanke" dem Gedankenkreise des römischen Rechts zu allen Zeiten fremd geblieben und auch im Verlaufe der späteren Rechtsentwicklung nicht hervorgetreten ist. Auch hat diese billige Erwägung in der Praxis nicht Eingang zu finden vermocht, welche vielmehr stets geneigt war, jeden Theil die Lasten seiner Prozeßführung tragen zu lassen, dafern nur das Litigiren des Gegners nicht ein muthwilliges war. Endlich läßt sich von diesem Standpunkt aus kaum eine befriedigende Erklärung dafür finden[9a]), daß über die Prozeßkosten nicht auf Antrag der Parteien, sondern von Amtswegen zu erkennen ist. (L. 13 §. 6 C. de judic. 3. 1. L. 5 pr. §. 2 C. de fruct. 7. 51 Nov. 82 c.

---

8) Ihm schließt sich D. Ullmann Das österr. Civilprozeßr. (3. Aufl. 1892) S. 154 an, womit jedoch in Widerspruch zu stehen scheint, daß die Lehre vom Prozeßkostenersatz (§. 60) in den Abschnitt vom „Schutz gegen Mißbrauch der Prozeßrechte" (S. 150 fg.) gestellt ist (vgl. jedoch S. 152: „Die Verpflichtung des sachfälligen Streittheiles zum Ersatz der Prozeßkosten ist nicht dem Wesen, wenn auch dem Effekte nach, Präventiv- und Repressivmaßregel").

9) Von diesem Gesichtspunkte gehen die Motive zur österr. Civilprozeßnovelle v. 16. Mai 1874 aus (Kaserer Materialien XIX S. 29 fg.). Die Begründung des Entwurfs der deutschen C.P.O. (Hahn Materialien I S. 197) enthält keine innere Rechtfertigung der unbedingten Erstattungspflicht. In der Relazione (des Justizministers Pisanelli) sul progetto del Codice di proced. civ. (1863) nr. 298 wird nur gesagt: Un principio di ragion naturale proclama, che la parte soccombente deve essere condannata alle spese del giudizio.

9a) Vgl. jedoch Kohler S. 82. 139.

10[10]). §. 279 Abs. 2 deutsche C.P.O.[11]). §. 402 österr. allg. G.O.[12]).)

So ist auf Grund des historischen Zusammenhangs doch wohl die von hervorragenden Prozeßschriftstellern[13]) vertretene Ansicht die richtige, daß die unbedingte Auferlegung der Pflicht zur Kostenerstattung ihren Grund in der Tendenz des Gesetzgebers hat, Prozesse möglichst zu verhüten: ne homines facile ad litigandum procederent (pr. J. de poena tem. litig. 4. 16)[14]). Diese Vertheilung der Schadenslast entspringt also nicht aus der ratio juris oder aus der aequitas, sondern aus justizpolitischen Zweckmäßigkeitsgründen[15]):

10) Vgl. insbes. Dernburg S. 143 fg. Bayer Vorträge S. 85.

11) In der Begründung des deutschen Entwurfs (Hahn Materialien I S. 285) wird gesagt, daß „der aus der Verhandlungsmaxime abfließende Satz, daß nicht ultra petita erkannt werden darf, nur hinsichtlich der Prozeßkosten eine durch deren besondere Natur gerechtfertigte Ausnahme erleidet".

12) Menger S. 663. Waldner S. 202. 203. Ullmann S. 158. Canstein I² S. 367. — Ungeachtet des kategorischen Ausspruchs des Art. 130 Cod. de proc. civ. und des Art. 370 des Cod. di proced. civ. herrscht in der französischen und italienischen Jurisprudenz lebhafter Streit darüber, ob die Verurtheilung in die Prozeßkosten von Amtswegen zu erfolgen habe oder nur auf Antrag der Partei. Vgl. Dernburg S. 220 fg. Cuzzeri I p. 520.

13) Wetzell System (3. Aufl.) S. 565. Bayer Vorträge S. 79. 80. Renaud Lehrb. des Civilproz. S. 691.

14) Kammerger. Visitationsabsch. v. 1713 §. 82: „Damit auch keine Parthey an diesem höchsten Gericht sondern satsamen Grund eine Rechtfertigung führe oder verfolge und dadurch dem Collegio camerali ohnnöthige Mühe, denen andern Partheyen Verzögerung ihrer rechtmäßigen Sachen, seinem Gegentheil aber ungebührliche Kosten und Aufhalt desselben Befugniß mache, so soll die Vergleichung der aufgewendeten Unkosten ohne genugsame Ursache in denen Urtheilen nicht geschehen, sondern vielmehr der verlierende Theil in dieselben verurtheilt werden." — Auch in der Entwicklung des französischen Rechts ist dieser Gesichtspunkt der leitende gewesen. Vgl. Dernburg S. 180 fg.

15) Insofern kann man hier mit Bayer S. 80 von einem „mehr administrativen als juristischen Standpunkt" sprechen.

sie ist eine Repressivmaßregel, welche die Funktion einer Präventivmaßregel hat[16]).

Der Erfüllung der Aufgabe des Staates, das Privatrecht zu schützen, dient die allgemeine Institution des Prozesses. Die Gewährung des einzelnen Prozesses kann aber nicht abhängig gemacht sein von dem wirklichen Vorhandensein des zu schützenden Rechtszustandes, da dies eben den Inhalt des Rechtsstreits bildet, der auf dem Prozeßweg geschlichtet werden soll. Die richterliche Thätigkeit der Staates wird daher schon durch einseitige Behauptungen der Parteien hervorgerufen[17]). Wer einen privatrechtlichen Anspruch zu haben behauptet, kann den öffentlichrechtlichen Anspruch auf staatliche Hilfe erheben[18])

16) Eine ähnliche Funktion hat die actio de dejectis et effusis (Unger in den dogm. Jahrb. XXX S. 226 fg.). Bei der zweiten Lesung des deutschen Entw. wurden die allerdings mißlungenen §§. 729—733 Entw. I gestrichen, da sie „durch den polizeilichen Schutz des Straßenverkehrs entbehrlich geworden seien", und „da eine verschärfte Haftung des Inhabers des betreffenden Gebäudes auch innerlich nicht gerechtfertigt sei" (Jahrb. V S. 260. 261). Die Straßenpolizei ist jedoch nicht im Stande, Beschädigungen dieser Art zu verhüten, und sie wird wohl auch selten im Stande sein, die Thäter zu ermitteln: ob es da nicht vielleicht doch gerathener wäre, den Schutz der Passanten wie bisher der Hauspolizei anzuvertrauen? — Daß im Code civil die actio de dejectis et effusis, welche noch in dem ursprünglichen Entwurf in zwei Artikeln enthalten war, fehlt, erklärt sich lediglich daraus, daß dieselben auf die Bemerkung gestrichen wurden, que le principe (des art. 1382. 1384 al. 1) suffit, que les exemples (art. 1384 sq.) doivent être retranchés. Zachariä II §. 446 Note 3.

17) Vgl. Hänel Deutsches Staatsr. I S. 180.

18) Auch der Prätor verheißt in seinem Edikt judicium und actio, si dicetur z. B. Quae dolo malo facta esse dicentur . . . . judicium dabo (L. 1 §. 1 D. h. t. 4. 3). L. 2 §. 1 D. de cap. min. (4. 5). L. 1 §. 1 D. ex quib. caus. (4. 6). Ebenso heißt es in §. 19 österr. bürg. Gesetzb.: „Jedem, der sich in seinem Rechte gekränkt zu sein erachtet, steht es frei, seine Beschwerde vor der durch die Gesetze bestimmten Behörde anzubringen." — Das publicistische Element des Klagerechts habe ich zwar im System I §. 113 Note 7 hervorgehoben, jedoch in demselben noch einen immanenten Bestandtheil des materiellen Rechts, einen Ausfluß und eine Entfaltung des

und hat die rechtliche Möglichkeit, Klage zu führen[19]). Ebenso kann derjenige, welcher Freiheit von dem gegen ihn erhobenen Anspruch behauptet, rechtliches Gehör und gerichtlichen Schutz in Anspruch nehmen und hat die rechtliche Möglichkeit, gegen denselben sich zu vertheidigen und ihn abzuwehren[20]). Hierin liegt aber die Möglichkeit eines Mißbrauchs der Klagmacht sowie der Abwehrmacht[21]), welcher zur Plage für die Einzelnen[22]) wie zur Last für den die Rechtspflege übenden Staat werden kann, der daher auch in seinem eigenen Interesse[23]) es unternehmen muß, demselben nach Kräften zu steuern. Ein passendes Mittel hierzu ist die Belastung der unterliegenden Partei mit der Tragung der Prozeßkosten. Soll aber dieses Mittel zum Ziele führen, so kann man sich nicht

subjektiven Privatrechts erblickt. Seither ist diese Auffassung mit Recht bekämpft und überwunden worden: über die rechtliche Natur und selbst die Existenz des Anspruchs auf Rechtsschutz herrscht jedoch große Meinungsverschiedenheit. Eine gute Uebersicht giebt Jellinek System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 119 Note 1.

19) Mit Unrecht spricht Laband Deutsches Staatsr. II² S. 339 Note 1 in seinen übrigens vortrefflichen Ausführungen von einer „rein thatsächlichen Möglichkeit, bei Gericht eine Klage zu erheben, der es an jeder objektiven Grundlage fehlen kann". Vgl. dagegen auch Jellinek S. 120 Note 1.

20) Vgl. Degenkolb Einlassungszwang und Urteilsnorm (1877) S. 59. In §. 347 österr. bürg. Gesetzb. heißt es: „Zeigt es sich nicht gleich auf der Stelle .... inwiefern der eine oder andere Theil auf gerichtliche Unterstützung Anspruch habe ...."

21) Ich folge hierin den scharfsinnigen Ausführungen von Oetker Concursrechtliche Grundbegriffe (1891) S. 38 fg.

22) „Die Klage ist ein Organ der Friedensordnung. Sie ist aber zugleich eine Gefahr für die individuelle Ruhe desjenigen Subjektes, welches sie mit Rechtsstreit überzieht. Der Rechtsstreit ist relative Friedensstörung." Degenkolb S. 204.

23) Hierin liegt der Grund für die Pflicht des Richters, über die Prozeßkosten von Amtswegen zu erkennen. Aus diesem Interesse, welches der Staat an der gewissenhaften Prozeßführung hat, ist auch die römischrechtliche Verpflichtung des Richters hervorgegangen, den generellen Ca-

damit begnügen, den subjektiven Mißbrauch zu treffen, da das prozessuale Verschulden schwer faßbar ist[24]) und die Untersuchung und Feststellung desselben zu neuem Streit führen würde. Man muß vielmehr in durchgreifender Weise den objektiven Mißbrauch des Prozesses mit dem vermögensrechtlichen Nachtheil belegen und die Pflicht zur Erstattung der Kosten an den Ausgang des Prozesses, an den objektiven Enderfolg knüpfen[25]). Das Prozeßführen soll mit einem Risiko verbunden sein, es soll ein agere und ein defendere cum periculo, ein periclitari sein (vgl. Gaj. IV §§. 13. 162 sq. 172. 178. 180)[26]). Wer die Prozeßmaschine in Bewegung setzt oder hält, handelt auf eigene Gefahr: verliert er den Prozeß, so hat er hiermit die Prozeßkosten verwettet.

Die unbedingte Ersatzpflicht des unterliegenden Streittheils erstreckt sich jedoch nur auf die Prozeßkosten, nicht auch die anderweitigen durch die Prozeßführung erlittenen Vermögensnachtheile, wie Aufwand an Zeit und Mühe (vgl. L. 5 pr. C. de fruct. et lit. 7. 51) oder Versäumung einer günstigen Gelegenheit zur Veräußerung der in Streit befangenen Sache (vgl. L. 33 D. de dol. mal. 4. 3). Der Grund für diese Beschränkung der unbedingten Haftung liegt darin, daß sonst die mit der Prozeßführung verbundene Gefahr allzu groß wäre und man von der Geltendmachung selbst „sattsamer" Ansprüche sowie von der gegründeten Abwehr er-

lumnieneid den Parteien ex officio abzunehmen (L. 2 §. 4 C. de jurej. propt. cal. 2. 58). Vgl. Klein Die schuldhafte Parteihandl. S. 212 fg.

24) Vgl. Waldner S. 59. — Eine mögliche Folge des subjektiven Mißbrauchs des Prozesses durch Verzögerung und Verschleppung ist die Verpflichtung der siegenden Partei zur Erstattung der Kosten. § 251 Abs. 2 deutsche C.P.O. (vgl. Wach Vorträge S. 28 fg). §. 44 des österr. Entw. einer C.P.O. (1893). Ueber Prozeßverzögerung vgl. Klein Die schuldhafte Parteihandlung S. 145 fg. Pro futuro (1891).

25) Vgl. Bar in Grünhut's Zeitschr. XIII S. 204.

26) Vgl. Ihering Das Schuldmoment S. 13 fg. (Vermischte Schriften S. 168 fg.).

hobener Anspruch durch die Besorgniß leicht abgeschreckt würde, im Fall des doch immerhin möglichen Unterliegens für sämmtliche dem Gegner aus der Prozeßführung erwachsenen Nachtheile aufkommen zu müssen: allzu scharf macht schartig[27]). In Ansehung solcher Schäden kommen daher die allgemeinen Grundsätze des Civilrechts über Haftung aus subjektivem Verschulden[28]) zur Anwendung[29]).

27) Entgegengesetzter Ansicht ist Kohler Der Prozeß als Rechtsverhältniß S. 82 Note **: er hielte es für richtig, „wenn die Prozeßgesetzgebung so weit ginge, dem siegreichen Theile auch den Ersatz derartiger Schäden schon aus der bloßen Thatsache des Sieges zuzusichern; wenn sie von dem Prinzipe ausginge, daß der Sieg erst vollständig wäre, wenn auch solche Schäden gedeckt sind ohne Rücksicht auf dolus oder culpa, ohne Rücksicht auf einen civilistischen Ersatzgrund".

28) Die muthwillige frivole Prozeßführung (Calumnia des Klägers wie des Beklagten cf. Gaj. IV. §§. 172. 174. 176. 178. §. 1 J. de poena tem. lit. 4. 16. L. 2 pr. C. de jurej. propt. cal. 2. 59) sollte streng geahndet werden, entweder durch öffentliche Geldstrafe (vgl. L. 5. pr. C. de fruct. et lit. 7. 51) oder zweckmäßiger durch eine an den Sieger auf dessen Antrag zu entrichtende Geldbuße, welche zugleich als Abfindung für eine ihm etwa gebührende anderweitige Entschädigung zu gelten hätte (vgl. L. 5 pr. C. cit.). Vgl. auch Kohler S. 43. — Nach österr. Recht (§. 409 allg. G.O. §. 540 westgal. G.O. Canstein Lehrb. I² S. 442. Ullmann Das österr. Civilprozeßr. 3. Aufl. S. 152) findet im Fall der Calumnia Verhängung einer öffentlichen Strafe statt. Wohl mit Unrecht behauptet Menger in Grünhut's Zeitschr. VII S. 654 Note 5, daß „die prozessuale Calumnia eine Verpflichtung zum Schadensersatz oder andere privatrechtliche Folgen nicht begründet": öffentliche Strafe und privatrechtliche Entschädigung bestehen doch auch sonst neben einander. Vgl. jetzt auch §. 393 Abs. 2 des österr. Entw. eines Ges. über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (1893).

29) Nach reichsdeutschem (und österr.) Recht ist dieser Anspruch auf Entschädigung in einem besonderen Prozeß geltend zu machen. „Außerhalb des Prozeßkostenersatzes liegen Schadensansprüche, deren Fundament nicht allein durch die Thatsache des Obsiegs im Rechtsstreite, sondern noch durch weitere Umstände begründet werden. Die württemb. C.P.O. von 1868 Art. 150 („Der Ersatz anderweitigen Schadens, welchen eine Partei durch den Rechtsstreit erlitten haben will, kann nur im abgeson-

derten Civilrechtsweg und nach Civilrechtsgrundsätzen verlangt werden") spricht den nicht zweifelhaften Satz noch besonders aus". Hahn Mater. I S. 197. Diese Behandlungsweise ist gewiß nicht zweckmäßig: es wird dadurch ein zweiter Prozeß nöthig, und wie soll der spätere Richter darüber erkennen, ob die unterlegene Partei sich in dem vor dem ersten Richter abgeführten Prozesse eines Dolus oder gar einer Culpa schuldig gemacht hat? Nach franz. Recht wird denn auch in dem Hauptprozeß selbst über diese accessorische Entschädigungspflicht verhandelt und entschieden (vgl. Garsonnet Traité de procédure civile I p. 629. III p. 168 sq. p. 859 sq.). Ebenso bestimmt art. 370 Cod. di proced. civ.: „La parte soccombente è condannata nelle spese del giudizio e, trattandosi di lite temeraria, può in oltre esse condannata al risarcimento dei danni". Auch die bayer. C.P.O. v. 1869 enthielt in Art. 119 folgende sachgemäße Vorschrift: „Wird von einer Partei der Ersatz eines ihr außer den Prozeßkosten durch einen Rechtsstreit verursachten weiteren Schadens beansprucht, so hat das mit der Sache befaßte Gericht . . . auch hierüber zu erkennen. Erhellt der Schaden aus den vorliegenden Umständen oder ist derselbe genugsam bescheinigt, so kann das Gericht den Betrag des zu leistenden Ersatzes sofort nach freiem Ermessen festsetzen. Erforderlichenfalls ist der Entschädigungsanspruch zur nachträglichen besonderen Liquidation zu verweisen". — Am meisten würde sich wohl empfehlen, die Ersatzpflicht wegen solcher anderweitiger Schäden auf den Fall von Calumnia zu beschränken und dieselbe mittelst Entrichtung einer vom Richter aufzuerlegenden Geldbuße persolviren zu lassen (Note 28).

XIV.

Kaum über eine andere Frage ist in älterer und neuerer Zeit so viel und so lebhaft gestritten worden als darüber, ob der Arrestleger im Fall ungerechtfertigten Arrestes unbedingt auf das Interesse haftet, oder nur wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt [1]).

Unter den gemeinrechtlichen Juristen war in früherer Zeit die Ansicht verbreitet, daß, wer unbegründet Arrest erwirkt, die Folgen davon tragen muß [2]). Dieser Ansicht giebt insbesondere Gesterding (Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten 1818 S. 463 fg.) klaren und präcisen Ausdruck: „Wer Arrest nachsucht, übernimmt eo ipso die Gefahr dieser Maßregel, wenn es ihm nicht gelingen sollte, den Arrest zu rechtfertigen." „Der Richter erkennt den Arrest auf Gefahr des Bittenden." „Die Gerechtigkeit des Arrestes hängt vom Ausgang des Prozesses ab. Fällt das Urtheil in der Hauptsache gegen denjenigen aus, welcher den Arrest bewirkte, so ist er unter allen Umständen verbunden, seinem Gegner den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen." „Wer Arrest auswirkt, ist nur dann vom Schadenersatz frei zu

1) Die umfangreiche Literatur findet sich sorgfältig zusammengestellt bei Kahane in Grünhut's Zeitschr. XIX S. 99 fg. — Ueber die Ausdrücke „Arrest und Kummer" und verwandte Bezeichnungen vgl. die interessanten Mittheilungen von Briegleb Vermischte Abhandlungen (1868) S. 1 fg.; über den Ausdruck „Verbot" (Note 9) insbes. S. 89 fg.

2) Vgl. Briegleb Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse (1859) S. 365. 366. Henrici in den Beitr. zur Erläuterung des deutschen Rechts XXXII S. 161 fg. Vgl. jedoch dagegen Kahane S. 111 fg.

sprechen, wenn er den Sieg davonträgt"[3]). In neuerer Zeit ist jedoch unter der übermächtigen Herrschaft des Schuldprinzips die entgegengesetzte Meinung zur Geltung gelangt und wird von hervorragenden gemeinrechtlichen Prozessualisten und Civilisten vertreten[4]).

Derselbe Umschwung hat auf dem Gebiete des preußischen Rechts stattgefunden. Bis in die Mitte dieses Jahrhunderts war das Gefahrprinzip ziemlich vorherrschend: seit dem Plenarbeschluß des preußischen Obertribunals vom 7. Jänner 1850[5]) ist jedoch das Schuldprinzip zur Herrschaft gelangt[6]).

In Oesterreich stand bisher die Ansicht fest[7]), daß der

---

3) Gesterding beruft sich auf folgende Stelle bei Mevius Tract. de arrest. p. 286. 287: „Ubi arrestum inique petitum fuerit, omne damnum, quod rei occasione arresti contingit, etsi eveniat casu fortuito, qui nisi re arrestata eventurus non fuisset, imputatur arrestanti, ut aestimationem et id quod interest rem non periisse solvat . . . An iniquum arrestum sit, concluditur ex sententia, quae quum absolutoria est, semper obtinent, quae jam scripta sunt. Etsi enim, ubi dubia fuerit arresti justitia, ab expensis fieri possit absolutio, a damno tamen rei illato creditor absolvi non debet, nisi obtineat litis victoriam.

4) So insbesondere von Bayer Theorie der summarischen Prozesse 6. Aufl. §. 29 und von Dernburg Pandekt. II³ §. 185 lit. a. §. 10 Note 10. Vgl. auch die Literaturangaben bei Kahane S. 127 Note 74. Windscheid Pandekt. II §. 451. Note 1 will nur im Fall von Dolus Ersatzpflicht eintreten lassen. — Für das schweizer. Recht vertritt das Schuldprinzip Schneider Das schweiz. Obl. Recht ad Art. 50 (größere Ausgabe S. 120 Nr. 43), der sogar dem Impetraten den Beweis eines Verschuldens des Arrestlegers aufzubürden scheint.

5) Eine scharfe Kritik dieses Plenarbeschlusses giebt Briegleb S. 367 fg.

6) Vgl. Strey Die Lehre von den Arresten (1859) S. 175 und insbes. Dernburg Lehrb. des preuß. Privatr. II⁴ S. 914; dawider jedoch entschieden Eccius Preuß. Privatr. I⁴ §. 90 Note 14. Vgl. auch die Belege für das Schuldprinzip aus der preußischen Praxis bei Kahane S. 127 Note 73.

7) Nippel Comment. II S. 100 fg. D. Ullmann Das österr.

Arrestleger im Fall ungerechtfertigten Arrests dem Impetraten unbedingt für „Schimpf und Schaden eine billige Genugthuung" [8]) leisten muß (§§. 277. 282. §§. 283. 291 A.G.O.) [9]).

Civilprozeßr. 3. Aufl. S. 490. 493. Canstein Lehrb. I² S. 421. Vgl. auch Pfaff Gutachten S. 21. Strohal Gutachten S. 148. 149. Randa Eigenthumsr. I² S. 127 Nr. 8.

8) Es ist dies, wie ich bereits in Grünhut's Zeitschr. VIII S. 225 Note 20 hervorgehoben habe, ein Rest der gemeinrechtlichen actio injuriarum aestimatoria: die ungerechtfertigte Beschlagnahme wird an sich und ohne weiters als ein infamirender, die Ehre des Impetraten kränkender Vorgang (contumelia) angesehen. Diese Auffassung und Behandlungsweise stammt aus dem italienischen Arrestprozeß her (vgl. darüber die ausgezeichnete Schrift von Wach Der italienische Arrestprozeß 1868). So heißt es schon in den Statuten von Sassari v. 1316 (Wach S. 98): „si vero actor non probabit contra reum illud verum esse, pro quo eum detineri fecit, condempnetur pro injuria facta . . . et reo ad satisfaciendum de damno interesse et expensis." „Die Aufhebung des Arrestes wegen mißlungener Justifikation, glücklich durchgeführter Impugnation oder nicht rechtzeitiger Anstellung der Hauptklage zieht für den Impetranten stets, außer der Verurtheilung in die Kosten, die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens und Interesses nach sich. Dieser Satz ist in Italien niemals bezweifelt worden. Gewöhnlich ordnen die Statuten an, daß der Judex den Entscheid über die Arrestsache auch auf diese Nebenpunkte ausdehne, und belegen den Impetranten noch mit einer besonderen (Privat-) Geldstrafe. Das gemeine Recht giebt zu diesem letzteren Zweck die actio injuriarum. Die Statuten machen jedoch die vom Impetranten zu zahlende Strafe nicht von dem Dolus desselben abhängig." — Diesen historischen Zusammenhang stellt Pfaff in Grünhut's Zeitschr. VIII S. 651 fg. mit Unrecht in Abrede; vgl. dagegen auch Kahane in der Note 1 angef. Abh. S. 102 fg. Wenn aber Kahane S. 105 fg. den Fortbestand der Pflicht zur „Genugthuung für Schimpf" ungeachtet des §. 1330 a. b. G.B. daraus erklären will, daß dieselbe „ihr civilistisches Gewand gewechselt" habe und „aus einer Injuriensatisfaktion zu einem Immaterialschadenersatz geworden sei", so muß man doch fragen, welches immaterielle Gut durch die Arrestlegung verletzt worden ist, und kann darauf doch wieder nur antworten: die persönliche Ehre! Vgl. Note 16.

9) Die A.G.O. kennt nur den Personalarrest und das „Verbot auf die in den Händen eines Dritten befindlichen fahrenden Güter" des Schuldners, nicht auch den Arrestschlag auf in der Hand des Schuldners

In neuester Zeit ist jedoch anläßlich eines in der Schweiz geführten, nach österreichischem Recht zu entscheidenden Entschädigungsprozesses wegen einer ungegründeten Beschlagnahme in einem Privilegiumsstreit[10]) in Abhandlungen[11]) und Gutachten[12]) das Schuldprinzip vertreten, dawider aber auch das Gefahrprinzip verfochten worden[13]).

---

befindliche Sachen desselben (vgl. §. 389 westgal. G.O.). Vgl. Menger System des österr. Civilproz. I (1876) S. 78 Note 31. Deshalb mußte in §. 37 des Einführungsges. zum H.G.B. besonders erklärt werden, daß „unter dem in Art. 119 H.G.B. vorkommenden Ausdruck „„Arrest““ das in den Prozeßvorschriften vorkommende Verbot auf bewegliche Sachen des Schuldners zu verstehen ist“.

10) Das Privilegiengesetz vom 15. August 1852 §§. 44. 47 enthält nämlich die gleiche Vorschrift über die Verpflichtung zur „Genugthuung für Schimpf und Schaden“ im Fall ungerechtfertigter Beschlagnahme. Die richtige Ansicht, daß die Ersatzpflicht in diesem Fall unabhängig von subjektivem Verschulden stattfindet, vertritt (auf gewundenen Wegen) Brunstein Gewerbsstörung durch Patentanmaßung (1892). Vgl. jetzt auch Beck-Managetta Das österr. Patentrecht (1893) S. 346 Note 1.

11) Die scharfsinnige Vertheidigung des Schuldprinzips durch Kahane S. 115 fg., der dasselbe „unbedenklich“ sogar de lege ferenda empfiehlt (S. 143), beruht auf der (nicht leicht verständlichen) Argumentation, daß, da nach jetzt geltendem österr. Prozeßrecht eine Cumulation des Arrestprozesses mit dem Hauptprozeß stattfindet (vgl. Menger System I S. 313 Note 17), die vermeintlich nothwendige selbständige Rechtfertigung des Arrestes nur in der Führung des Exculpationsbeweises bestehen kann (S. 123. 124. 140 Note 95): er übersieht hierbei, daß es sich im Arrestprozeß nicht eigentlich um Justifikation, sondern vielmehr um Impugnation des Arrestes handelt (Bayer §. 35).

12) Vgl. den Bericht von Meili Die neuen Aufgaben der modernen Jurisprudenz (1892) S. 50 Note 16.

13) Die Vertheidigung des Gefahrprinzips in der Abhandlung von Schrutka-Rechtenstamm in Grünhut's Zeitschr. XX S. 182 fg. vermag, so gediegen sie auch ist, deshalb keine volle Ueberzeugung und Beruhigung zu gewähren, weil derselbe die innere Begründung nicht genug hervortreten läßt und auf den Text der Gerichtsordnung wohl zu viel Gewicht legt. Es ist eben die Frage, ob die, wenngleich unbeschränkt lautenden Vorschriften der a. G.O. nicht etwa dennoch im Sinne der allge-

Bei der Abfassung der **deutschen** Civilprozeßordnung wurde diese Frage absichtlich nicht entschieden, hauptsächlich in der Erwägung, daß dieselbe nicht dem Prozeßrecht, sondern dem materiellen Recht angehöre[14]): wohl mit Unrecht[15]), da die Haftpflicht aus einem prozessualen Thatbestande entspringt und eine prozeßrechtliche Folge der Unrechtmäßigkeit des Arrestes ist[16]).

So hat denn der Kampf zwischen **Schuldprinzip** und **Gefahrprinzip** sich bis in die neueste Zeit fortgepflanzt; doch scheint das erstere Prinzip, welches auch in zwei Entscheidungen[17])

meinen Grundsätze über Schadenersatz einschränkend dahin interpretirt werden müssen, daß Entschädigung nur im Fall von Verschulden zu leisten sei, wie dies ja auch in Ansehung der ebenso unbeschränkt lautenden Bestimmungen des preuß. Landr. (I 6 §§. 137. 138) von angesehenen preußischen Schriftstellern behauptet wird. Und diese Frage hat scheinbar um so mehr Berechtigung, als in §. 264 a. G.O. vorgeschrieben wird, daß der obere Richter im Fall der Cassation des Urtheils „dem unteren Richter **jedesmal** den Ersatz der durch die hierwegen erfolgte Verzögerung beiden Theilen erweislich verursachten Schäden und Unkosten aufzutragen hat", und dennoch trotz des (in jenen vom Arrest und Verbot handelnden Paragraphen fehlenden) Wortes „jedesmal" in Theorie und Praxis mit Recht allgemein angenommen wird, daß die Ersatzpflicht des Unterrichters nur in dem Fall eines (offenbaren) subjektiven Verschuldens stattzufinden hat (vgl. **Waldner** Prozeßkosten S. 130 Note 145. **Ullmann** Civilprozeßr. S. 357. **Canstein** Lehrb. I² S 351 II² S. 208 Note 74; vgl. §. 345 westg. G.O.).

14) **Hahn** Materialien I S. 475. Johannes **Merkel** Ueber Arrest und einstweilige Verfügungen (1880) S. 187 fg.

15) Vgl. jedoch **Wach** Der italienische Arrestprozeß S. 163 Note 27. **Seuffert** Comment. zur C.P.O. 6. Aufl. S. 958.

16) Dies ist denn auch der Grund, warum die Vorschriften der **österr.** allg. G.O. (§§. 277. 282. 283. 291) über Genugthuung für **Schimpf** und Schaden durch §. 1330 **österr.** bürg. Gesetzb. nicht aufgehoben sind.

17) Urtheil vom 20. Sept. 1882 (Entscheidungen des R G. in Civilsachen VII Nr. 116 insbes. S. 377 fg.) und Urtheil vom 17. Okt. 1890 (Entscheid. XXVI Nr. 38 S. 204 fg.).

des deutschen Reichsgerichts zur Anwendung gelangt ist, das Uebergewicht zu haben[18]).

Unter diesen Umständen mußte es in der That Befremden erregen, daß die erste Commission zur Berathung des deutschen Entwurfs es nicht für nöthig fand, diese Frage, „mit welcher sich die deutsche Jurisprudenz zur Beseitigung eines drückenden Uebelstandes seit länger als zweihundert Jahren herumgequält hat", zu entscheiden, sondern mit der dürren Bemerkung darüber hinwegging: „Ein Bedürfniß, die Entschädigungspflicht des Arrestklägers besonders zu regeln, ist nicht anzuerkennen" (Motive II S. 757).

Diese Unterlassungssünde hat die zweite Berathungscommission gut gemacht und in dankenswerther Weise die vielbesprochene Entschädigungsfrage im Sinne des von verschiedenen Seiten[19]) empfohlenen Gefahrprinzips gelöst. Es wurde nämlich beschlossen, in die Civilprozeßordnung den Zusatz (als §. 822a) aufzunehmen: „Erweist sich die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt, oder wird die angeordnete Maßregel auf Grund des §. 806 Abs. 2 oder des §. 820 Abs. 2 aufgehoben, so ist die Partei, welche die Anordnung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der angeordneten Maßregel oder dadurch entstanden ist, daß er Sicherheit geleistet hat, um die Vollziehung

18) Für die unbedingte Haftpflicht des Arrestlegers jedoch Henrici in der Note 2 angef. Abhandlung. Wieding in Holtzendorff's R.L. I[3] s. v. Arrestprozeß (a. E. S. 157). Merkel S. 189. 190. Pfizer in der Zeitschr. f. deutschen Civilproz. XIII S. 304 fg. Planck Lehrb. I S. 359. 360. 372. Seuffert Comment. S. 958.

19) Vgl. insbes. Bolze in der Zeitschr. f. deutschen Civilprozeß XIII S. 281 fg. 290. 291; ferner Zusammenstellung II S. 430. 431 Ebenso Bähr Gegenentw. §. 765.

abzuwenden oder die Aufhebung der Maßregel zu erwirken" (Jahrb. V S. 265)[20]).

Worin liegt nun aber die innere Rechtfertigung für diese Vertheilung der Schadenlast? Warum soll die in der Hauptsache unterliegende Prozeßpartei unbedingt nur für die Prozeßkosten haften, der unterliegende Arrestkläger aber darüber hinaus auch für den Schaden?

Der Grund für diese Erweiterung des Umfangs der unbedingten Haftpflicht liegt zunächst in der Abnormität der gewährten Rechtshilfe. Während mit der ordentlichen Klage die planmäßige regelrechte Hilfe des Staates in Anspruch genommen wird, richtet sich das Gesuch um Arrestlegung auf Gewährung eines anomalen staatlichen Schutzes[21]). Der Arrest ist gewissermaßen eine antizipirte Exekution, eine vorweg stattfindende zwangsweise Sicherung der Erfüllung des behaupteten Rechtsanspruchs: mit Umkehrung des natürlichen Prozeßganges wird auf die bloße Bescheinigung des Rechtsanspruchs und der Verlustgefahr hin der Gegenpartei eine empfindliche Beschränkung ihrer Dispositionsfreiheit auferlegt. Soll die Rechtsordnung die Gewährung einer solchen exorbitanten Rechtshilfe überhaupt zulassen, so fordert die ausgleichende Gerechtigkeit (vgl. Nr. I), daß dieselbe doch wenigstens auf die Gefahr des Impetraten erfolge[22]):

---

20) Vgl. §. 393 des österr. Entw. eines Gesetzes über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (1893).

21) Ueber die publicistische und prozeßrechtliche Natur des Arrestanspruchs vgl. Merkel Arrest S. 24 fg. Seuffert Comment. zu § 796 Nr. 1 und jetzt insbes. Wach Der Feststellungsanspruch (1889) S. 18. 19.

22) Auf demselben Grundgedanken beruht die Unbedingtheit der Ersatzpflicht im Fall der vorläufigen Vollstreckung eines Urtheils, falls dasselbe aufgehoben oder abgeändert wird: wird ein Urtheil, welches zur Vollstreckung noch nicht völlig reif ist, dennoch mittlerweile für vollstreckbar er-

soll die Arrestanlegung zum Schutz der einen Partei gegen Vereitelung oder wesentliche Erschwerung der zukünftigen Realisirung ihres zur Zeit noch problematischen Rechtsanspruchs dienen, so soll dagegen die Verschärfung und Vergrößerung ihrer unbedingten Ersatzpflicht zum Schutz der anderen Partei gegen den Mißbrauch dieses Mittels dienen: anomale Hilfe — anomale Haftung.

Und dieser Schutz ist um so nöthiger, je gefährlicher dieses Mittel ist[23]). Während die Anstellung einer Klage in der Regel nur eine immerhin lästige Störung der Ruhe und des Friedens für den Beklagten nach sich zieht, wird durch die Anlegung eines Arrestes „tief in die Privatrechtssphäre des Schuldners eingegriffen und die Gefahr der Schädigung seines

klärt, so muß dies auf Gefahr des Vollstreckungswerbers gehen (vgl. Bolze S. 277 fg.). Mit Recht und zu Dank hat die zweite Berathungscommission beschlossen, eine Bestimmung in diesem Sinne in die C.P.O. als Zusatz zu §. 697 aufzunehmen. „Man ging davon aus, daß es sich in diesem Falle um die außerordentliche Befugniß des Gläubigers handle, eine ihm zugesprochene Leistung vom Schuldner zu erzwingen, bevor dieser seine Vertheidigung zu Ende geführt habe; diese Befugniß könne ihm nur unter der Voraussetzung gewährt werden, daß regelmäßig die vorläufig vollstreckbare Entscheidung sich endgültig als zutreffend erweise, wo dies aber ausnahmsweise nicht der Fall sei, der Gläubiger dem Schuldner unbedingt für den entstandenen Schaden hafte". Jahrb. V S. 265). — Die unbedingte Ersatzpflicht in diesem Falle (sog. Exekution zur Sicherstellung) ist in Oesterreich seit mehr als hundert Jahren geltendes Recht; §. 261 allg. G.O. Vgl. Schrutka S. 186 fg. Canstein Lehrb. I² S. 421 Note 58 c. (Mit Unrecht will Ullmann Civilprozeßr. 3. Aufl. S. 500 die Ersatzpflicht nicht unbedingt, sondern gar nur im Fall von Dolus eintreten lassen.) Warum beschränkt der österr. Entw. eines Ges. über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (1893) in §. 376 Abs. 6 in Widerspruch mit dem bisher geltenden Recht und den Anforderungen der Gerechtigkeit die unbedingte Ersatzpflicht in diesem Falle auf die Kosten?

23) Dieser Rechtfertigungsgrund ist mit besonderer Schärfe und in drastischer Darstellung bereits von Briegleb Einleit. in die Theorie der summar. Prozesse S. 355 fg. 364 fg. 522 fg. hervorgehoben. Vgl. auch Bolze S. 282 fg.

Vermögens herbeigeführt" [24]), sowie überdies seine bürgerliche und geschäftliche Ehre gekränkt. Wer ein so gefährliches Mittel anwendet, muß mit ganz besonderer Vorsicht zu Werke gehen: man hantirt mit einem Rasirmesser anders als mit einem Federmesser. Wenn irgendwo, muß hier der Satz gelten: qui agit, certus esse debet et ante debet rem diligenter explorare et tunc ad agendum procedere (L. 42 D. de R. J.). Gegen den Mißbrauch einer so gefährlichen Waffe muß die zugleich dem Präventionszwecke dienende Repression um so strenger und schärfer sein (severior coercitio est Gaj. IV §. 178) [25]): erhöhte Gefahr — erhöhte Haftung.

24) Worte aus den Gründen des Urtheils des deutschen R.G. v. 17. Okt. 1890 (Entsch. XXVI S 206.

25) Es ist von Interesse zu vergleichen, wie auch das röm. Recht bei gewissen für die Ehre des Beschuldigten besonders empfindlichen Klagen (darunter die actio injuriarum, vgl. dazu Paul. Sent. V 4 §. 11 L. 43 D. h. t. 47. 10) den objektiven Mißbrauch durch Gewährung eines Gegenanspruchs (auf den zehnten oder fünften Theil der res) geahndet hat, welcher unabhängig war von dem subjektiven Unrecht des Klägers: contrario judicio omnimodo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit, se recte agere. Vgl. Keller-Wach Der röm. Civilproz. S. 296. Bethmann-Hollweg Der röm. Civilproz. II S. 537.

XV.

Eine anticipirte Exekution ist gewissermaßen auch der gerichtliche Verkauf eines unter den gehörigen Voraussetzungen bestellten kaufmännischen Faustpfandes (Art. 310 H.G.B.).

Wenn der Schuldner sich in Verzug befindet, so kann der Gläubiger sich aus dem Pfande sofort bezahlt machen, ohne daß es einer Klage gegen den Schuldner bedarf: auf Ansuchen des Gläubigers und auf bloße Bescheinigung hin ordnet das für ihn zuständige Handelsgericht ohne Gehör des Schuldners die Veräußerung der verpfändeten Gegenstände an. „Dieses Verfahren charakterisirt sich als eine Exekution; die durch ein kaufmännisches Faustpfand gesicherte Forderung bedarf nicht der Feststellung durch gerichtliches Erkenntniß, um vollstreckbar zu sein . . . Der Rechtsstreit über Existenz und Umfang der Forderung kann daher gewissermaßen der Exekution nachfolgen" (Laband in der Zeitschr. f. Handelsr. IX S. 258). Infolge der Anomalie dieser Prozedur geschieht der gerichtliche Verkauf auf Gefahr des Pfandgläubigers[1]). Er haftet daher nicht bloß für Dolus und Culpa, sondern schlechthin und unbedingt für allen Schaden, welcher aus der ungerechtfertigten Veräußerung entsteht. „Diese Haftung des

1) Um so mehr gilt dies natürlich im Fall des Art. 311 H.GB.: „wenn der Pfandgläubiger das Pfand im Wege des Art. 311 veräußert, so muß er dafür einstehen, daß auch alle Voraussetzungen dieses Artikels begründet sind". Laband S. 276.

Gläubigers ist die Garantie des Schuldners gegen einen Mißbrauch seitens des Gläubigers und der Ersatz für das versagte rechtliche Gehör" (Laband S. 275)[2]). Mag sich der Pfandgläubiger in einem noch so entschuldbaren Irrthum über die Existenz und Höhe der Forderung, über das Vorhandensein compensabler Gegenforderungen oder über den Eintritt des Verzugs befinden: dennoch muß er dem Schuldner für damnum emergens und lucrum cessans (Art. 283 H.G.B.) aufkommen.

Daß Art. 310 in diesem Sinne zu verstehen ist, ergiebt sich daraus, daß die Haftung des zum Verkauf schreitenden Pfandgläubigers für Sorgfalt sich schon aus der allgemeinen Vorschrift des Art. 282 ergiebt, wonach bei Handelsgeschäften durchwegs die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden ist[3]). Sollen daher die Worte: „auf Gefahr des Gläubigers" nicht als überflüssig und bedeutungslos erscheinen, so müssen sie von einer über das subjektive Verschulden hinausgehenden Haftpflicht verstanden werden. Würde der Pfandgläubiger im Falle objektiv ungerechtfertigter Veräußerung des Pfandgegenstandes mangels Culpa haftfrei bleiben, so würde dieselbe in der That nicht auf seine Gefahr, sondern auf Gefahr des Schuldners erfolgen[4]).

---

2) So wird auch in den Protokollen der Nürnberger Conferenz über die Anordnung des Verkaufs auf Ansuchen und Bescheinigung, ohne Gehör des Schuldners, aber auf Gefahr des Gläubigers gesagt, daß „hierdurch die befürchteten Weiterungen abgeschnitten und gleichwohl der Schuldner vor Benachtheiligung gesichert werde" (S. 1336) und daß „in dieser Haftbarkeit des Gläubigers Grund genug für denselben liege, sich aller ungerechtfertigten Anträge zu enthalten" (S. 475).

3) Daß es sich in diesem Fall um ein Handelsgeschäft handelt, ist außer Zweifel. Laband S. 283. Goldschmidt Handb. des Handelsr. I 2 §. 90 S. 946.

4) Laband S. 279 Nr. 7 spricht zwar nur von einem Verschulden, das „dem Pfandgläubiger in einer der erwähnten Beziehungen zur Last

fällt": daß darunter aber nicht der Fall der ungerechtfertigten Veräußerung (Nr. 2 S. 275), sondern nur die übrigen Beziehungen (Nr. 1. 3. 4. 5. 6 S. 274. 276 fg.) verstanden werden können, ergiebt sich aus seiner Darstellung auf S. 275. So sagt auch Goldschmidt S. 946: „In allen Fällen einer Veräußerung (auch im Fall des gerichtlich angesuchten und verordneten Verkaufs, Note 65) . . . . ist der Verkauf für den Gläubiger Handelsgeschäft, und handelt überall der Gläubiger auf eigene Gefahr und Verantwortlichkeit": der Gläubiger ist somit nur dann haftfrei, wenn „die sämmtlichen unter Bescheinigung gestellten Angaben richtig und keine erheblichen Thatsachen, z. B. erfolgte Befriedigung, Stundung u. s. w. verschwiegen sind"; in Note 66 weist Goldschmidt insbesondere auf „Irrthum im Contocurrent, durch welches die Forderung bescheinigt wird", hin. Vgl. auch Endemann im Handb. des Handelsr. II S. 84 Note 37 und Strohal Gutachten S. 149. — Derselben Ansicht ist im Grunde auch Hahn Comment. II[2] ad Art. 310 §. 9, indem er (wohl mit Unrecht) lehrt, daß „eine Culpa (?) auch in der Begründung des Veräußerungsgesuchs durch irrthümliche Angaben liegt" (S. 162 Note 8). Dernburg Das Pfandrecht II S. 270 fg. spricht sich hierüber nicht aus.

XVI.

In den vorhergehenden Nummern ist eine Anzahl von Fällen zusammengestellt, in welchen ein Handeln auf eigene Gefahr[1]) mit der rechtlichen Folge stattfindet, daß dasselbe eine vom subjektiven Verschulden unabhängige Verpflichtung zur Entschädigung nach sich zieht. Aus dem Kreise der Betrachtung bleiben somit jene Fälle des Handelns auf eigene Gefahr ausgeschlossen, in welchen eine andere und noch stärkere rechtliche Wirkung an das Handeln geknüpft ist[2]). So erfolgt die Ausstellung einer Quittung in dem Sinne auf eigene Gefahr, daß der Schuldner, welcher dem durch die Produzirung der Quittung zur Empfangnahme der Leistung legitimirt erscheinenden Ueberbringer derselben in gutem Glauben zahlt (Art. 296 H.G.B. §. 319 Entw. II)[3]), selbst

1) Es giebt auch ein Handeln auf fremde Gefahr: die Erörterung dieses Problems und der dahin gehörigen Fälle behalte ich einer späteren Abhandlung vor.

2) Hierher gehört nach dem Entw. II §. 146 die Haftung des vollmachtlosen Vertreters aus dem Geschäft (oben Nr. IV 2).

3) Ungeachtet der von verschiedenen Seiten dagegen erhobenen gewichtigen Bedenken (vgl. Zusammenstellung II S. 47. VI 283 fg.) ist auch bei der zweiten Lesung des deutschen Entwurfs (§. 313) die Novation als ein Fall der datio in solutum aufgefaßt und behandelt worden (ebenso Bähr Gegenentw. §. 258), was nicht nur theoretisch unrichtig ist, sondern auch zu fehlerhaften praktischen Consequenzen führt (vgl. jetzt auch Dernburg Pandekt. II[3] §. 59 Note 3). Die Vorschrift des ersten Entwurfs (§. 264) hat aber bei der zweiten Lesung und durch die Zusammenziehung der beiden letzten Sätze noch eine Verschlimmerung

dann befreit wird, wenn die Quittung ohne oder wider Willen des Ausstellers in die Hand des Ueberbringers gelangt ist[4]). Ebenso geschieht die Ausstellung von Inhaberpapieren auf eigene Gefahr: der gutgläubige Erwerber desselben erwirbt das Recht aus dem Papier, mag gleich dasselbe dem Aussteller gestohlen oder sonstwie ohne seinen Willen in Circulation gesetzt worden sein (Entw. II §. 723)[5]).

Die Reihe der hier zusammengestellten Fälle ist weder eine äußerlich geschlossene, noch eine innerlich verbundene.

Es können aus diesem Kreise Fälle in Folge des Um-

erfahren. Dieselbe lautet jetzt: „Hat der Schuldner zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit übernommen, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernommen ist." Wenn es aber einmal feststeht, daß „zum Zweck der Befriedigung" promittirt wurde, so ist unzweifelhaft die neue Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernommen worden: der Zweifel kann sich ja eben stets nur darauf beziehen, ob „zum Zweck der Befriedigung" (novandi causa) oder zum Zweck der Bestärkung der ersten Verbindlichkeit (corroborandi, confirmandi causa), privativ oder accessorisch promittirt worden sei. Wie die Vorschrift (§. 313) jetzt lautet, sagt sie: wer solvendi causa promittirt, hat im Zweifel solvendi causa nicht promittirt. — Durch Kürzung von Satz 3 §. 664 Entw. I hat auch Abs. 2 §. 704 Entw. II gelitten. Bezieht sich „das Gleiche" auf Satz 1 oder Satz 2 des ersten Absatzes? Ist die Verbindlichkeit, welche „der verlierende Theil zum Zweck der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld eingegangen ist", „nicht begründet" (richtiger: anfechtbar) oder unanfechtbar? Man wird wohl das Erstere annehmen sollen, obwohl diese Bestimmung mit der Auffassung der Novation als datio in solutum nicht recht vereinbar ist (Unger Schuldübernahme S. 26 Note 30).

4) Vgl. Bähr in den dogm. Jahrb. XIV S. 414.

5) Mit Recht hat die zweite Berathungscommission die entsprechende Bestimmung des ersten Entwurfs (§. 686) beibehalten, indem sie dieselbe „durch das Bedürfniß des redlichen Verkehrs für geboten hielt" (Jahrb. V S. 62). Ebenso Bähr Gegenentw. §. 741 Abs. 2. Ueber diese vielbestrittene Frage vgl. einerseits Goldschmidt Grundriß (3. Aufl.) S. 149. 150 und in seiner Zeitschr. f. Handelsr. XL S. 266, andererseits Grünhut in seiner Zeitschr. XIX S. 297 fg. 303 fg. und neuestens auch Stampe im civ. Arch. LXXX S. 384. Ob daraus

standes ausscheiden, daß das Recht das betreffende Verhältniß in einer Weise regelt, wodurch die Gelegenheit zum Erleiden eines Schadens von vornherein entfällt. Hierher gehört der Fall des nach gemeinem Recht zulässigen Widerrufs einer Offerte. Nach einer weit verbreiteten Ansicht erfolgt der Widerruf auf Gefahr des Offerenten[6]: derselbe wird hierdurch dem Oblaten, der sich in Unkenntniß des Widerrufs darauf verlassen hat, daß der Vertrag zu Stande gekommen sei, zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses verpflichtet[7]. Nach den meisten modernen Gesetzgebungen (vgl. auch Art. 319 H.G.B.) und so nunmehr auch nach dem deutschen Entwurf (I §§. 80 fg. II §§. 118 fg.) ist dagegen der nicht besonders vorbehaltene Widerruf einer Offerte unzulässig und bleibt der Offerent kraft Rechtens bis zum Ablauf der gesetzten oder der der Verkehrssitte entsprechenden Frist an seinen Antrag gebunden, womit die Voraussetzung für jenes (problematische) Handeln auf eigene Gefahr zumeist entfällt.

Häufiger wird es sich dagegen ereignen, daß der Kreis des Handelns auf eigene Gefahr durch das Hinzukommen eines

in der That, wie Grünhut S. 305 Note 44 meint, ein Argument für die Kreationstheorie abgeleitet werden kann, mag hier füglich dahingestellt bleiben.

6) Die hervorragendsten Vertreter dieser Ansicht sind Thöl I^5 §. 237 S. 143 und Windscheid II^7 §. 307 Nr. 1. Eine Uebersicht der überaus verschiedenen Meinungen geben Windscheid Note 5 und Thon im civ. Arch. LXXX S. 68 fg.

7) Diese Ansicht ist doch wohl unrichtig. Ist der Widerruf einer Offerte kraft Rechtens oder kraft Vorbehalts zulässig, so kann der Oblat nicht das Vertrauen, sondern nur die Hoffnung haben, daß der Vertrag durch seine Annahme der mittlerweile nicht zurückgenommenen Offerte zu Stande gekommen sei, und hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn sich diese Hoffnung als trügerisch erweist (ipsi nocere debet). Vgl. insbes. Thon im civ. Arch. LXXX S. 63 fg., der in scharfsinniger Weise die Kategorie der actio neg. gest. contr. heranzieht (S. 77 fg.) und hiermit zu einem m. E. befriedigenden Resultate gelangt (S. 96 fg.).

neuen Falles vergrößert wird. Der moderne Zug geht entschieden dahin, unter Umständen die Ersatzpflicht an die Thatsache der bloßen Verursachung, an die Causalität schlechthin und unabhängig von einem subjektiven Verschulden zu knüpfen. Dieses objektive Schadenersatzprinzip, welches nach Geltung im positiven Rechte ringt, kann sich dieselbe nur schrittweise von Fall zu Fall erkämpfen[8]). Denn die Anwendung desselben auf ein bestimmtes typisches Lebensverhältniß bedarf stets eines besonderen, in der inneren Natur und Beschaffenheit dieses Verhältnisses liegenden Rechtfertigungsgrundes. Auch auf diesem Gebiete bewährt sich die Kompromißnatur des Rechts[9]), welche eine rein logische und denkfolgerechte Entwicklung nicht zuläßt, sondern den mannigfach verschlungenen Bedürfnissen und Interessen des sich nicht immer in gerader Linie fortbewegenden Lebens zu entsprechen sucht. „Kein vernünftiges Schadensrecht geht in einer reinen verstandesmäßigen Rechnung auf" (Degenkolb im civ. Arch. LXXVI S. 75). So scheint die Pflicht des Staates zur Entschädigung unschuldig Verurtheilter mit logischer Nothwendigkeit zur Entschädigung im Fall unschuldig erlittener Untersuchungshaft zu drängen. Allein diese Forderung stößt auf das Interesse des Staates an einer durch finanzielle Rücksichten nicht gelähmten Ausforschung der Uebelthäter: erst wenn es gelingt, eine Formel zu finden, welche dieses Interesse zu wahren vermag, wird es möglich sein, jenen weiteren Schritt zu machen[10]).

8) Vgl. die trefflichen Ausführungen von E. Ullmann in seinem Gutachten für den 22. deutschen Juristentag (Verhandl. I S. 531).

9) Vgl. Merkel in den dogm. Jahrb. XXXI S. 38; so auch schon Steinbach Ersatz der Vermögensschäden S. 87 fg.

10) An der Verquickung dieser Frage mit der Entschädigung unschuldig Verurtheilter ist der betreffende Gesetzentwurf in der französischen Kammer im Jänner 1892 gescheitert: was seither geschehen, ist mir nicht bekannt geworden.

So stehen Haftung ohne Schuld (damnum sine culpa fit) und Haftung aus Schuld (damnum ex culpa fit L. 34 pr. D. de O. et A. 44. 7) zu einander im Verhältniß von Ausnahme und Regel. Mögen gleich diese Ausnahmen sich mit der Zeit vermehren, so wird das objektive Schadenersatzprinzip dennoch nicht im Stande sein, das subjektive Ersatzprinzip zu verdrängen und zur Alleinherrschaft zu gelangen. Das hin und wieder geäußerte Verlangen, die Pflicht zur Entschädigung an das rein äußerliche Moment der Verursachung oder Veranlassung zu knüpfen[11]), hat keine Berechtigung und keine Aussicht auf Erfolg[12]). Die prinzipielle Verbindung der Ersatzpflicht mit dem objektiven Unrecht würde unserem Rechtssinn widerstreiten. Wird sind — wie Ihering dies glänzend ausgeführt hat — durch einen

11) So insbes. Binding Die Normen I² S. 471 fg.: „Was der Mensch Schlimmes verursacht, mit oder ohne Schuld, muß er bessern. Hat er das Unglück gehabt, etwa in der Geistesverwirrung fremde Sachen zu zerstören, so ist er doch Urheber des Schadens, hat fremde Rechte verletzt, und der Geschädigte ist noch viel unschuldiger als er. Das thätige Prinzip hat die Folgen seiner Thaten zu tragen und nicht sein Opfer.“ Vgl. ferner Zusammenstellung II S. 396. VI S. 511 fg. Auch Baron in den Schriften des Vereins für Sozialpolitik XIX S. 122 fg. behauptet: „Wenn ein zufälliger Schaden bei einer Gelegenheit entsteht, welche jemand veranlaßt hat, so muß er ihn tragen, auch wenn ihn gar keine Schuld trifft.“

12) Unhaltbar ist jedoch der von Kahane in Grünhut's Zeitschr. XIX S. 141 fg. erhobene Einwand, daß „mit der Einsetzung des Verursachungs- an die Stelle des Schuldmoments die berüchtigte Frage nach der Causalität heraufbeschworen ist, welche die vielen bisherigen Versuche alle nicht zu lösen vermochten“. Als ob es nicht auch bei dem Schuldprinzip auf Verursachung ankäme, die nur überdies noch eine schuldhafte sein muß! Ohne Causalzusammenhang auch keine Haftung aus Schuld. Die Schwierigkeiten, welche die Feststellung des Causalnexus im gegebenen Fall macht, sind auf dem Boden des subjektiven Ersatzprinzipes ganz dieselben wie bei der Herrschaft des objektiven Prinzips. Vgl. Unger in Haimerl's Viertelj. XIV S. 116 Anm. 7.

langen geschichtlichen Bildungsprozeß geschult und gewohnt, nicht bloß auf die äußere Causalität, sondern auch auf die innere Seite der That zu sehen und bei einem Unrecht, das zugefügt wird, zu fragen, ob und wen ein Vorwurf trifft. Aber auch vom legislativpolitischen Standpunkt aus läßt sich die Ersetzung des subjektiven Entschädigungsprinzips durch das objektive nicht rechtfertigen. Lassen sich gleich die einzelnen Fälle der ausnahmsweisen Haftung ohne Schuld nicht auf einen gemeinsamen inneren Grund zurückführen, so haben sie doch die gemeinsame Tendenz einer Steigerung der Verantwortlichkeit[13]): man soll unter gewissen Umständen für die schädlichen Folgen seines wenngleich schuldlosen Handelns oder Verhaltens einstehen, um nicht schuldlose Dritte darunter leiden zu lassen. Diese gesteigerte Verantwortlichkeit wird zu einer Anspannung der Kräfte, zu einer Vergrößerung

13) Viel weiter geht Menger in seiner anziehend geschriebenen geistvollen Schrift: Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (1890), mit deren Ausführungen im Einzelnen man vielfach einverstanden sein kann, ohne die Grundansicht zu theilen, von welcher dieselbe ausgeht. Menger will (S. 133 fg.) als „juristischen Normalmenschen" den „wackeren Menschen" aufstellen, „der für Andere die durch Gesetz und Volkssitte gebotene Sorgfalt anwendet" und insbesondere auch „einen Anderen, dem er leicht helfen kann, nicht in Gefahr oder Noth verkommen läßt" (S. 132), und verlangt, daß jeder für ersatzpflichtig erklärt werde, der die Anwendung dieser Sorgfalt unterläßt. Hierin liegt eine Vermischung von Sittlichkeit und Recht, welche zu unerträglichen Eingriffen in das Recht der Selbstbestimmung und zu unleidlichen Einmischungen des Richters in das Privatleben führen müßte. Diese Theorie ist übrigens schon von Bentham aufgestellt worden, wie ich aus dem Citat bei Holland General Jurisprudence 5. edit. p. 217 entnehme. — Daß die Aufstellung des Eigennutzes als eines dritten Grades des Verschuldens (S. 134) auf einen Mangel gehöriger Unterscheidung zwischen Qualität des Willens (Dolus und Culpa — böser Wille und schlaffer Wille) und Motiv des Willens (cf. §. 16 i. f. J. de leg. Aquil. 4. 3. §. 11 i. f. J. de obl. ex del. 4. 1) beruht, hat bereits Jacoby in Grünhut's Zeitschr. XVIII S. 285 hervorgehoben.

der Sorgfalt und Aufmerksamkeit führen, um das Entstehen von Schaden zu verhüten, für welchen Ersatz geleistet werden muß: hierin liegt, wie Baron (im civil. Arch. LXXVIII S. 233. 234) mit Recht hervorgehoben hat, das erziehende Moment der strengeren Haftung. Aber eine so gespannte Aufmerksamkeit und gesteigerte Sorgfalt läßt sich nur in einzelnen Fällen und auf bestimmten Gebieten der Thätigkeit erwarten und fordern. Müßte man dagegen unter allen Umständen und in allen Lebensverhältnissen für jedweden verursachten Schaden ohne Rücksicht auf Verschulden haften, so würde dies gerade den entgegengesetzten Erfolg haben. Wer würde noch auch nur die gewöhnlichste Sorfalt anwenden, wenn er zu befahren hätte, daß er ungeachtet aller Diligenz dennoch stets für den trotzdem eingetretenen Schaden zu haften hätte!

Es ist daher nur zu billigen, daß auch die zweite Berathungscommission an dem Schuldprinzip festgehalten hat (Jahrb. V S. 245. 246). Eine andere Frage ist es aber, ob dieses Prinzip nunmehr im zweiten Entwurf (§. 746) [14]) eine richtige Ausgestaltung und eine befriedigende Formulirung gefunden hat. Die Besprechung dieser wichtigen (meines Erachtens leider zu verneinenden) Frage muß ich mir jedoch hier versagen, da die Erörterung derselben den Rahmen dieser Abhandlung allzu sehr überschreiten würde.

---

14) §. 746 Abs. 1 lautet: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig ein Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt oder wer gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstößt, ist dem Anderen zum Ersatz des dadurch verursachten Schadens verpflichtet. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dasselbe auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Fall des Verschuldens ein." Den zweiten Satz könnte man füglich ersparen, wenn man das im ersten Fall wiederkehrende „wer" streichen würde, da dann die Worte „vorsätzlich oder fahrlässig" sich von selbst auch auf Verstöße „gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz" beziehen würden.

XVII.

Es giebt nun allerdings noch einen wichtigen Fall der Haftung ohne Schuld. Derselbe gehört aber nicht in die Kategorie des Handelns auf eigene Gefahr[1]), da er vielmehr als Geschehen auf eigene Gefahr charakterisirt werden muß. Wegen des Interesses, welches dieser Fall bietet, mag derselbe jedoch anhangsweise hier zur Darstellung gelangen.

Nach römischem Recht haften bekanntlich Wahnsinnige und Kinder nicht für den von ihnen verursachten Schaden, weil ihnen die That nicht zur Schuld zugerechnet werden kann. L. 5 §. 2 D. ad leg. Aquil. 9. 2 (Ulp.): Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum. Cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. Sed ed si infans damnum dederit, idem erit dicendum.

Dagegen enthält das preußische Landrecht I 6 §§. 41—44 die Vorschrift, daß, wenn Wahnsinnige oder Kinder jemanden beschädigen, der Ersatz des unmittelbaren Schadens aus ihrem Vermögen gefordert werden kann, jedoch nur sub-

1) Gäbe es in der That „unwillkürliche Handlungen", wie die ältere Theorie angenommen hat und ihr folgend das preuß. Landrecht I 6 §. 39 und das österr. bürg. Gesetzb. §. 1306, so würde der hier besprochene Fall in die Kategorie des Handelns auf eigene Gefahr gehören.

sidiär und nur insoweit, als dadurch dem Beschädigten der nöthige Unterhalt und, wenn er ein Kind ist, die Mittel zu seiner standesmäßigen Erziehung nicht entzogen werden.

Aus dem preußischen Landrecht ist diese Vorschrift in das österreichische bürgerliche Gesetzbuch (§. 1310) übergegangen[2]): der Richter soll „mit Erwägung des Umstandes, ob dem Beschädiger, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist, nicht dennoch ein Verschulden zur Last liege; oder ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Vertheidigung unterlassen habe[3]); oder endlich mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten, auf den ganzen Ersatz oder doch einen billigen Theil desselben erkennen"[4]).

Dieser Gedanke treibt aber, einmal gefaßt, mit innerer

2) Ueber die interessanten Verhandlungen darüber im Schoße der Gesetzgebungscommission hat Pfaff Gutachten S. 54 fg. berichtet. Vgl. jetzt Protokolle herausgeg. von Ofner II S. 189. 190. 203 fg. 439.

3) Im westgal. Gesetzb. III §. 456 (vgl. Martini's Entw. III 13 §. 46) war allerdings ausgesprochen worden, daß die Entschädigungspflicht der Wahnsinnigen und Kinder „sich auf das Vertheidigungsrecht gründet, welches auch gegen Kinder und Wahnsinnige Statt hat". Diese Argumentation ist in §. 1310 a. b. G.B. auf ihr richtiges Maß zurückgeführt worden, da ja jene Personen auch ganz unbemerkt und in Abwesenheit der Betroffenen (ohne „physischen Anfall" derselben, Protok. II S. 205) Schaden anrichten können. In der Gesetzgebungscommission berief man sich denn auch nicht bloß auf jenes Vertheidigungsrecht, sondern auch auf die Billigkeit und das Naturrecht; ferner darauf, daß jene Personen „Ursache des Schadens sind und daß den hieran ganz unschuldigen Theil noch weniger als sie die Folgen ihres Zustandes treffen sollen", endlich und hauptsächlich auf die Constellation, daß der Beschädiger wohlhabend, der Beschädigte arm sei (Protok. II S. 189. Mit Unrecht behauptet Pfaff in Grünhut's Zeitschr. VIII S. 711, daß alle Redaktoren sich auf das Vertheidigungsrecht des Beschädigten beriefen und den Anspruch desselben auf Entschädigung durchwegs auf Recht und nicht auch auf Billigkeit stützten.

4) In das sächs. Gesetzbuch (vgl. §§. 119. 776) und in den dresdener Entwurf (vgl. Art. 213) ist diese Bestimmung nicht übergegangen.

Nothwendigkeit weiter. Warum soll die Haftung für verursachten Schaden ungeachtet mangelnder Zurechnungsfähigkeit auf Wahnsinnige und Kinder beschränkt bleiben? Warum soll nicht auch derjenige ersatzpflichtig sein, der in einem Zustande plötzlicher Geistesstörung oder momentaner Sinnesverwirrung Schaden anrichtet [5])?

Diesen weiteren Schritt hat nun das privatrechtliche Gesetzbuch für den Canton Zürich, dessen Verfasser bekanntlich Bluntschli ist, gethan, indem es in §. 1835 Abs. 2 vorschreibt: „Ausnahmsweise kann durch freies richterliches Ermessen auch in solchen Fällen (der Beschädigung durch unzurechnungsfähige Personen) dem Schädiger, wenn er eigenes Vermögen hat, der Schadenersatz ganz oder theilweise auferlegt werden" [6]). Aus dem zürcherischen Gesetzbuch ist diese Vorschrift hierauf in das schweizerische Bundesgesetz über Obligationenrecht übergegangen [7]). Art. 58: „Aus Rücksichten der Billigkeit kann der Richter ausnahmsweise auch eine nicht zurechnungsfähige Person, welche einen Schaden verursacht hat, zu theilweisem oder vollständigem Ersatze verurtheilen".

Aber auch hiermit ist dieser Gedanke noch nicht zu

5) Diese Bemerkung wurde auch schon in der österr. Berathungscommission von einem Mitgliede gemacht (es sei diese Vorschrift nicht bloß auf Wahnsinnige und Kinder zu beschränken, „weil ein nemliches Verhältniß mit Nachtwandlern oder mit Personen, die aus unvermutheten plötzlichem Schrecken, der ihnen Besinnung und Behilflichkeit nimmt, handeln, vorhanden sei" Protok. II S. 205), fand aber keine Zustimmung. Hieraus so wie aus der in §. 1306 aufgestellten Regel ergiebt sich die Unrichtigkeit der gegentheiligen Behauptung von Pfaff Gutachten S. 57 fg. und in Grünhut's Zeitschr. VIII S. 712 fg.

6) Von hier aus ist diese Vorschrift in den bayer. Entw. Art. 65 übergegangen; dieselbe wird mißbilligt von Lang Der Entwurf eines bürg. Gesetzb. für Bayern II S. 41 fg.

7) Von dort hat sie Bähr in seinen Gegenentwurf §. 793 hinübergenommen.

Ende gedacht. Wenn unzurechnungsfähige Personen den von ihnen verursachten Schaden ersetzen müssen, so ist hiermit ausgesprochen, daß die Pflicht zur Entschädigung unabhängig ist von Zurechnung zur Schuld. Ist dies aber der Fall, so kann es nicht darauf ankommen, daß die Zurechnung zur Schuld gerade durch Unzurechnungsfähigkeit ausgeschlossen ist. Es muß vielmehr consequenter Weise dasselbe gelten, wenn bei vorhandener Zurechnungsfähigkeit die Zurechenbarkeit im gegebenen Falle deshalb ausgeschlossen ist, weil nach Lage der Dinge den Urheber kein Vorwurf trifft, indem ihm weder Dolus noch Culpa zur Last fällt [8]). Z. B. wenn jemand an einem windstillen Tage (ohne Uebertretung eines polizeilichen Verbots) Feuer im Walde macht und ein plötzlicher Windstoß Funken auf die Hütte des Nachbars trägt, oder wenn ein Reiter stürzt und Personen oder Sachen beschädigt, oder wenn durch Ungefähr ein Gewehr auf der Jagd losgeht und jemanden verwundet u. dgl. m.

Diesen letzten Schritt hat nun der zweite deutsche Entwurf (§. 752) gemacht und hiermit die volle Consequenz jenes Gedankens in einer Weise gezogen, welche nach meiner jetzigen Ueberzeugung Anerkennung und Billigung verdient.

Worin liegt nun aber der innere Rechtfertigungsgrund dieser Haftung für den Zufall?

Man hat dieselbe in verschiedener Weise zu begründen versucht [9]).

8) Ein Antrag in der Richtung, daß „die Bestimmung des Art. 58 auf jeden Schaden ausgedehnt werde, welcher gestiftet worden, ohne daß die That zur Schuld angerechnet werden könnte, z. B. auf den Fall, wenn ein Millionär einen armen Familienvater rein zufällig tödte", wurde in der Commission zur Berathung des schweiz. Obl.R. gestellt, aber abgelehnt. Schneider Comm. ad Art. 58 Nr. 2.

9) Fatalistischer Natur und jedenfalls in Ansehung der anderweitigen hier in Betracht kommenden Fälle unzureichend ist der Erklärungsversuch

Es liegt nahe, in jener Haftung für den Zufall eine Nachwirkung des altdeutschen Rechts zu erblicken [10]), welches, das subjektive Moment des Willens und der Willensfreiheit außer Betracht lassend, allseitig den Grundsatz durchführt, daß es bloß auf den objektiven Erfolg der That ankömmt, und die Folgen der That ohne weiteres dem Thäter aufbürdet [11]). Hiernach müssen auch Unmündige und Wahnsinnige den Schaden ersetzen, den sie verursacht haben: „wer unwillig (willenlos) gethan, muß willig zahlen" (Sachsensp. II 65 §. 1 III 3). Im modernen Recht, welches am Schuldprinzip festhält, würde sich aber eine solche singuläre Bestimmung, wenn sie nicht anderweitig zu motiviren wäre, doch nur wie eine Ruine des älteren germanischen Rechtssystems ausnehmen, die in den modernen Rechtsbau in fremdartiger Weise herüberragt (System II S. 233).

Ebenso ungenügend ist es, sich einfach darauf zu berufen, daß es in diesen Fällen nur auf äußere Verursachung (sog. imputatio externa) ankomme, da Schuldprinzip und Verursachungsprinzip, subjektives und objektives Ersatzprinzip

---

von Strohal Gutachten S. 149, daß jeder das Individuum ist, das er ist, und für das einstehen muß, was Ausfluß seiner Individualität ist, und daß er daher für den Schaden haftbar gemacht werden muß, den er einem Andern vermöge der Anlage seiner Individualität zugefügt hat. — Thon Rechtsnorm und subjektives Recht (1878) hat leider darauf verzichtet, „die Voraussetzungen zu formuliren, unter welchen eine Ersatzpflicht auch bei unverschuldeter Schädigung gerechter Weise anerkannt werden könnte" (S. 107). Wenn Thon S. 106. 107 (in der Note) sich zur Rechtfertigung der Ersatzpflicht eines unzurechnungsfähigen Urhebers von Schaden darauf beruft, daß derselbe doch durch „seine eigene Körperkraft die Schädigung bewirkt hat", so erinnert dies doch sehr an die ältere Theorie von der actio utilis de pauperie.

10) So auch Dernburg Preuß. Privatr. I⁴ S. 272.

11) Vgl. insbes. Heusler Institut. II S. 262 fg., ferner Stobbe Deutsch. Privatr. III §. 200 Nr. 3 S. 377 fg.

coordinirt neben einander stehen [12]). Dies ist im modernen Recht, in welchem seit der Rezeption des römischen Rechts das Schuldprinzip zur Herrschaft gelangt ist und auf die innere Seite der That gesehen wird (sog. imputatio interna), eben nicht der Fall.

In den Fällen, um welche es sich hier handelt, ist es nun gewiß eine Pflicht der Humanität und des Anstandes, den Schaden nach Kräften gut zu machen, den man zwar nicht verschuldet, aber doch verursacht hat, und jeder gewissenhafte menschenfreundliche Mensch, der sich in der entsprechenden pekuniären Lage befindet, wird dies wohl auch thun. Man hat nun gemeint, daß es die Aufgabe des Gesetzgebers sei, diese Anstandspflicht zu einer Rechtspflicht zu erheben [13]). Von diesem Gesichtspunkt ist auch die zweite deutsche Berathungscommission ausgegangen: „es gehe nicht an, die Schadloshaltung des Beschädigten allein der Sitte und dem Anstandsgefühl des Beschädigers zu überlassen, der Beschädigte müsse vielmehr unter den bezeichneten Voraussetzungen einen Rechtsanspruch haben" (Jahrb. V S. 249). Aber hiermit ist die Frage nicht gelöst, sondern nur hinausgeschoben. Denn worin liegt der Grund, der den Gesetzgeber bestimmen soll, gerade in diesen Fällen die Humanitätspflicht zu einer Rechtspflicht zu erheben und die Erfüllung der Anstandspflicht nicht in das Gewissen des Urhebers zu stellen, sondern der freiwilligen Erfüllung den Zwang zu substituiren, wodurch doch im einzelnen Fall der Pflichterfüllung der sie adelnde und erhebende Charakter der Spontaneität genommen wird [14])?

12. So Pfaff Gutachten S. 8 fg. 54 fg. und in Grünhut's Zeitschr. VIII S. 721 fg.

13) Steinbach Ersatz von Vermögensschäden S. 89.

14) Da ich früher einen inneren Grund für die Erhebung dieser Anstandspflicht zu einer Rechtspflicht nicht zu finden vermochte, habe ich in entgegengesetzter Richtung (in Grünhut's Zeitschr. VIII S. 229 fg.) zur

Der wahre innere Rechtfertigungsgrund besteht nicht in einem subjektiven ethischen, sondern in einem objektiven sozialen Moment. Die ratio für die in Rede stehende Vertheilung der Schadenlast liegt in der Rücksicht auf das Verhältniß des beiderseitigen Vermögensstandes[15]): demjenigen wird der beiderseits unverschuldete Schaden aufgebürdet, welcher ihn nach seiner Vermögenslage leichter tragen kann. Es kömmt auf die ökonomische Tragfähigkeit an: wie Bluntschli[16]) es treffend bezeichnet hat, handelt es sich hier um objektive Ausgleichung. Allerdings werden dadurch Reichthum und Armuth gewissermaßen zu Rechtskategorien[17]). Aber dieses entspricht dem humanen Zug der modernen Zeit, welche es als eine Aufgabe des Staates erkennt, dem wirthschaftlich Schwächeren nach Kräften zu helfen und auch auf dem Gebiete des Privatrechts, soweit es eben angeht und passend erscheint[18]), den Grundsatz zu verwirklichen: richesse oblige.

Beseitigung der Anomalie der isolirten Entschädigungspflicht von Wahnsinnigen und Kindern den Vorschlag gemacht, zur Erfüllung dieser Pietätspflicht, wie in anderen Fällen, deren Vormund zu ermächtigen.

15) Dieses entscheidende Moment verkennt Pfaff in Grünhut's Zeitschrift VIII S. 724 ganz und gar: nach seiner Ansicht kommt es (in Widerspruch mit dem Wortlaut des §. 1310) „auf dieses Element des Thatbestandes nicht an". Vgl. dagegen auch Gierke Der Entwurf S. 260.

16) Comment. zum zürcher. Gesetzb. III S. 648. Vgl. auch Steinbach S. 91. Dagegen ist es überflüssig und nicht richtig, wenn Steinbach S. 78 hier den Grundsatz der „Gefahrengemeinschaft" heranzieht. Der Schaden, der in solchen Fällen angerichtet wird, bedroht ja nicht das Vermögen beider Theile: nicht auch das Vermögen des Beschädigers, sondern nur das Vermögen des Beschädigten wird von der Gefahr betroffen.

17) Vgl. Bergbohm Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I S. 388 Note 11.

18) Gegen den Einwand, den ich selbst früher gegen diese Begründung (in Grünhut's Zeitschr. VIII S. 235. 236) erhoben habe, daß hiernach Haftung für den Schaden auch dann eintreten müßte, wenn ein Ziegelstein

Auf dem Boden des deutschen Entwurfs könnte man übrigens, wie ich glaube, noch einen Schritt weiter gehen. Nach den bei der zweiten Lesung gefaßten Beschlüssen haftet man für den durch Gehilfen, durch Hausthiere oder durch Einsturz eines Gebäudes verschuldeten resp. verursachten Schaden zwar unbedingt, aber nicht ausnahmlos (§§. 754. 756. 759): man kann sich von der Ersatzpflicht durch den Nachweis befreien, daß man die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. In den Fällen nun, in welchen ein solcher Nachweis erbracht wird, könnte und sollte eine Ersatzpflicht dennoch eintreten, wenn und insoweit dies die Billigkeit nach den Umständen des Falles, insbesondere nach den Verhältnissen der Betheiligten, erfordert (§. 752). Hierin läge eine entsprechende Remedur dagegen, daß die Ersatzpflicht in jenen Fällen nicht ausnahmlos statuirt, sondern nur eine sog. Umkehrung der Beweislast beliebt wurde.

---

vom Hausdach eines reichen Mannes herabfällt und einen vorübergehenden armen Mann beschädigt (quemadmodum si tegula ceciderit L. 5 §. 2 D. cit. 9. 2), ist zu bemerken, daß bei den im Text behandelten Fällen doch wenigstens eine sog. imputabilitas externa (Zurechenbarkeit zur That) vorhanden ist, und daß es auf dem Gebiete des Rechts überhaupt und insbes. des Schadenrechts nicht auf logische Consequenzmacherei, sondern darauf ankommt, die Bedürfnisse des Lebens, so gut und so weit als es eben angeht, zu befriedigen. Auch hierin kann uns das römische Recht zum Vorbild dienen. So ist das contrarium judicium nur ex certis causis constituirt worden (Gaj. IV §. 177) und z. B. bei der actio injuriarum gewährt worden, bei der actio doli dagegen versagt geblieben.

XVIII.

In welche Rechtskategorie gehören nun die Obligationen auf Schadenersatz, welche aus einem Handeln auf eigene Gefahr entstehen?

In einigen Fällen entspringt die Forderung auf Entschädigung aus dem vorhandenen Obligationsverhältniß, welches durch das Handeln auf eigene Gefahr eine Modifikation erfährt: die Klage, womit dieselbe geltend gemacht wird, ist in der Regel die Contraktsklage. So im Fall der Untervermiethung bei einem Verschulden des Aftermiethers (Nr. II); ebenso im Fall der Vernichtung oder Beschädigung einer vermachten oder sonst geschuldeten Spezies (Nr. V, Vermächtnißklage resp. Contraktsklage); desgleichen im Fall eines Verschuldens von Gehilfen, deren sich der Schuldner bei Erfüllung seiner Schuldverbindlichkeit bedient (Nr. VII).

In den weitaus meisten Fällen des Handelns auf eigene Gefahr entspringt jedoch die Obligation auf Schadenersatz aus einem selbständigen eigenen Fundament. Für die Charakterisirung dieser Obligationen kommt es zunächst darauf an, ob das positive Rechtssystem die Kategorie der Quasidelikte kennt.

Es besteht seit alter Zeit ein ebenso lebhafter als unfruchtbarer Streit darüber, ob es nach römischem Recht

Quasicontrakte [1]) und Quasidelikte giebt. Es ist gewiß, daß diese Ausdrücke nicht quellenmäßig sind: die Quellen sprechen stets nur von obligationes quasi ex (contractu) delicto, nicht von obligationes ex (quasi contractu) quasi delicto, während sie doch von quasi-ususfructus (§. 2 J. de usufr. 2. 4) und von quasi-maritus (L. 32 §. 27 D. de donat. int. vir. 24. 1) reden [2]). Man hat hieraus ableiten wollen, daß die römischen Juristen Quasicontrakte und Quasidelikte nicht kennen und daß sie mit jenen Ausdrücken nur ein gewisses Verhältniß der Verwandtschaft und Aehnlichkeit gewisser Obligationen mit Contrakts- und Delikts-Obligationen und das rechtliche Prinzip ihrer Behandlung bezeichnen wollen [3]). Allein wenn mit diesen Ausdrücken nicht der Entstehungsgrund jener Obligationen bezeichnet sein soll, so entsteht sofort die Frage, was denn das Fundament jener contrakts- oder deliktsähnlichen Obligationen ist? [4]) Wie vollends Justinian in seinen Institutionen die Sache darstellt (§. 2 J. de oblig. 3. 13), kann kein Zweifel darüber sein, daß hiermit der Entstehungs-

1) Vgl. Ramm Der Quasicontrakt nach den Quellen und sein Werth für Wissenschaft und Gesetzgebung (1882).

2) Wie wenig auf diese Wortstellung und Wortbildung zu geben ist, erhellt gerade aus L. 32 §. 27 cit., wo zuerst von donationes quasi in sponsalibus factae, hierauf von quasi maritus und gleich darauf wieder von quasi ad uxorem gesprochen wird.

3) Vgl. die Literatur bei Ramm S. 3. Mit besonderer Energie wird diese Ansicht vertreten von Demolombe Cours de Code Napoléon XXXI p. 4 sq.

4) Demolombe p. 6 sq. 390 sq. antwortet auf diese Frage mit Berufung auf L. 1 pr. D. de O. et A. (44. 7): proprio quodam jure ex variis causarum figuris, indem er unter propriam jus: la loi (und zwar das prätorische Recht) verstehen will, während doch die Eintheilung der Obligationen mit Rücksicht auf die Rechtsquellen auf einem ganz anderen Eintheilungsgrunde beruht (§. 1 J. de obl. 3. 13). Und giebt es nicht auch prätorische Delikte und pacta praetoria, die doch sicher weder Quasidelikte noch Quasicontrakte sind?

grund der Obligationen bezeichnet sein soll: Sequens divisio in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu, aut ex malificio aut quasi ex maleficio [5]). Und worin besteht denn jene Verwandtschaft und Aehnlichkeit, welche zur gleichen rechtlichen Behandlung führt? Sicherlich nicht in den äußeren Elementen des rechtserzeugenden Thatbestandes, sondern darin, daß während ein Verschulden, wodurch die That erst zum Delikt wird, in Wirklichkeit nicht vorhanden ist, ein solches unterstellt und fingirt wird [6]): aliquatenus culpae reus est et ideo quasi ex maleficio teneri videtur (L. 5 §. 6 D. de O. et A. 44. 7. §. 3 J. de obl. quae quasi ex delict. 4. 5), utique peccasse aliquid intelligitur (L. 5 §. 4 D. cit. L. 6 D. de extraord. cogn. 50. 13 pr. J. cit.). Gerade hierin liegt aber die Verwerflichkeit dieser Kategorie, weil sie mit Fiktionen operirt: ein Verhalten ohne Schuld (oder doch ohne nennenswerthe Schuld pr. Inst. cit. 4. 5) wird angesehen und behandelt, wie wenn es ein Verhalten aus und mit Schuld wäre: ein uneigentliches Delikt ist eben kein Delikt.

Die in Rede stehenden Obligationen gehören vielmehr in die Kategorie der obligationes ex lege [6a]): das Recht knüpft an gewisse Thatumstände ohne Rücksicht auf subjektives Verschulden die Entstehung einer Ersatzverbindlichkeit. Diese Haftungen ohne Verschulden sind weder deliktischer noch quasideliktischer Natur.

Während nun der Code civil (art. 1370. 1371 sq. 1382 sq.) und ihm folgend der Codice civile italiano (art. 1140

5) Vgl. Ramm S. 4. 5.

6) Bruns in Holtzendorff's Encyclop. I 5. Aufl. S. 529. 530: „Die Römer legen dabei die Idee einer gewissen eigenen Verschuldung mit zu Grunde". Vgl. auch Brinz Pandekt. II² S. 132. Czyhlarz Institut. (2. Aufl. 1893) §. 98 a. E.

6a) Ueber diese allerdings ungenaue Ausdrucksweise (cf. L. 130 D. de V. S) vgl. System II S. 4.

sq. 1151 sq.) Quasicontrakte[7]) und Quasidelikte[8]) annimmt, kennt das preußische Landrecht und das österreichische bürgerliche Gesetzbuch[9]) diese Kategorien mit Recht

7) Da die sog. Quasicontrakte (abgesehen von der communio incidens §. 3 J. de obl. quasi ex contr. 3. 27) aus einer einseitigen erlaubten Handlung des Verpflichteten entstehen (facta honesta, quibus et ignorantes obligantur. Heineccius Instit. §. 966), wogegen zu Verträgen eine zweiseitige Thätigkeit erforderlich ist, übersetzt das badische Landrecht Art. 1370 fg. quasi-contrats mit „Halbverträge": man könnte ebensogut einen ledigen Mann halbverheiratet und ein geschwisterloses Kind Halbbruder oder Halbschwester nennen. — Das sächs. Gesetzb. spricht in der Ueberschrift zu §§. 1049 fg. „von Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen".

8) Seltsamer Weise verstehen die französischen Juristen seit Pothier sämmtlich unter délit die dolose, unter quasi-délit die culpose Rechtsverletzung. Demolombe p. 391. 392. Sourdat Traité de la responsabilité I nr. nr. 642. (Anders und richtig nur Zachariä Handb. II §. 446 Note 2). In diesem Sinne übersetzt das badische Landr. Art. 1370. 1382 fg. délits und quasi-délits mit: „Vergehen und Versehen". — Im dresden. Entw. lautet die Ueberschrift zu Thl. II Abth. 9 Art. 1007 fg.: „Schuldverhältnisse aus unerlaubten oder diesen gleich zu achtenden Handlungen".

9) Während das westgal. Gesetzb. in der Ueberschrift zu Theil III Hauptst. 12 noch „von vermutheten Verträgen" (und Martini's Entw. III[12] gar von „Vermuthungsverträgen") spricht, hat man bei der Berathung des bürg. Gesetzb. vom Jahre 1811 diese Kategorie mit Bewußtsein aufgegeben. Zeiller bemerkt nämlich: „In dem 12. Hauptst. gebe der Entwurf (des westgal. Gesetzb.) selbst eine neue Quelle an, nämlich die vermutheten Verträge, von denen sogleich im Eingang des §. 380 gesagt wird, daß sie keine Verträge, sondern einseitige Handlungen sind, denen das Gesetz so wie Verträgen eine rechtliche Kraft beilegt. Die Römer hätten sie obligationes quae quasi ex contractu nascuntur genannt, woraus erst die späteren Rechtslehrer die unrichtigen Ausdrücke von quasi-Contrakten, erdichteten, Schein- oder vermutheten Verträgen schmiedeten. Die persönlichen Rechte, welche in dem 12. Hauptst. vorkommen, entstünden aus einer Handlung des Berechtigten (? recte des Verpflichteten). Man nenne also die Sache bei ihrem wahren Namen und beseitige die unrichtigen Fiktionen und Analogien". Protokolle herausg. von Ofner II S. 4. Ebensowenig kennt das österr. Recht Quasidelikte (vgl. Pfaff in Grün-

nicht[10]): ihrem Vorbild ist nunmehr mit gutem Grund der deutsche Entwurf gefolgt.

Die meisten Fälle der Haftung ohne Schuld aber stellt der deutsche Entwurf sowohl in erster Lesung (Buch II Abschnitt 3 Titel 2) wie in zweiter Lesung (Buch II Abschnitt 7 Titel 26) in die Rubrik: „Unerlaubte Handlungen"[11]).

Wie unpassend dies ist, liegt auf der Hand. Das Halten eines Thieres, für dessen Schadenszufügung man unbedingt (bald ausnahmslos, bald mit Zulassung eines Entlastungsbeweises) verantwortlich ist (Entw. II §. 756), ist nichts Unerlaubtes. Ebensowenig ist die Ausübung des Jagdrechts widerrechtlich, wenngleich man für den durch das Jagdwild angerichteten Schaden aufkommen muß (Entw. II §. 758). Der Besitz eines Gebäudes ist nichts Unerlaubtes: dennoch ist der Besitzer im Fall einer Beschädigung durch dessen Einsturz haftpflichtig (Entw. II §. 759). Die Verwendung von Gehilfen zur Ausführung von Verrichtnngen ist sicherlich gestattet: dennoch macht sie verantwortlich für das Verschulden derselben (Entw. II §. 754). Im Fall einer Beschädigung durch Unzurechnungsfähige (Entw. II §. 752 Abs. 2) kann

hut's Zeitschr. VIII S. 707 Note 228). Auch in dem a. u. Vortrag der Hofcommission in Gesetzessachen v. 19. Jänner 1808 (Pfaff-Hofmann Excurse I S. 49 fg. Protokolle II S. 465 fg.) wird ablehnend von den „römischen Rechtsfiktionen" der Quasicontrakte und Quasidelikte gesprochen (Pfaff-Hofmann S. 79. Protokolle II S. 485). Erst infolge der fehlerhaften Fassung des Ges. v. 5. März 1869 über die Haftpflicht der Eisenbahnen (vgl. Nr. XIII Note 2) giebt es gegenwärtig ein einzelnes Quasidelikt.

10) Vgl. Ramm S. 95 fg. Dernburg Pandekt. II³ §. 6. A. M. Brinz Pandekt. II §. 247, der an der Kategorie der Quasicontrakte und Quasidelikte auch für das heutige Recht festhalten will.

11) Ebenso das schweiz. Obl.R. Ueberschrift zu Art. 50 fg. („Unerlaubte Handlungen") und Bähr Gegenentwurf: „Einzelne unerlaubte Handlungen" §§. 800 fg.

vollends von „unerlaubter Handlung" nicht die Rede sein, weil Mangels Handlungsfähigkeit eine Handlung im juristischen Sinne überhaupt nicht vorhanden ist. Giebt es nun ein Handeln und Verhalten, welches an sich erlaubt ist und an welches dennoch die rechtliche Folge der Verantwortlichkeit geknüpft werden soll, so geht es nicht an, dasselbe doch wieder ad hoc zu einem unerlaubten zu stempeln: zum mindesten liegt darin eine inelegantia juris.

Man sollte daher den Muth haben, endlich mit der althergebrachten römischrechtlichen Eintheilung in Contrakts- und Deliktsobligationen (Gaj. III §. 88) zu brechen um an deren Stelle die Eintheilung in Geschäfts- und Schadensobligationen zu setzen. Die Schadensobligationen entspringen entweder aus unerlaubten Handlungen oder aus anderweitigen, von subjektivem Verschulden unabhängigen Thatsachen, an welche das objektive Recht (das Gesetz) diese Folge knüpft. So bilden die Deliktsobligationen und die Schadensobligationen ex lege die beiden Unterarten der Schuldverhältnisse aus angerichteter resp. erlittener Beschädigung [12]).

12) Diesen Fortschritt hat das österr. bürg. Gesetzb. gemacht, indem es in §. 859 „eine erlittene Beschädigung" als Entstehungsgrund der sog. persönlichen Sachenrechte anführt, während im westgal. Gesetzb. III §§. 1—3 noch von Verschuldung gesprochen wurde, wogegen Zeiller mit Recht darauf hinwies, daß in §. 456 (a. b. G.B. §. 1310) „ein Entschädigungsrecht auch gegen Kinder und Wahnsinnige eingeräumt werde, denen man doch kein Verschulden beimessen kann". Protokolle II S. 4. Pfaff Gutachten S. 8 und in Grünhut's Zeitschr. VIII S. 703. Das Gesetzbuch ist sich jedoch nicht consequent geblieben, indem das 30. Hauptst. des 2. Theils: „Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugthuung" überschritten wurde, also statt des Woraus der Haftung das Worauf derselben betont wurde. Vgl. hierüber Pfaff in Grünhut's Zeitschr. VIII S. 703 Note 221. Protokolle II S. 183. Vgl. nach Note 18.

Im deutschen Entwurfe wäre die Remedur eine sehr einfache: man brauchte nur an die Stelle der Ueberschrift: „Unerlaubte Handlungen" die Rubrik zu setzen: „Beschädigung", welche sich passend an die Ueberschrift des vorhergehenden Titels: „Ungerechtfertigte Bereicherung" anschließen würde [13]).

Hiermit wäre aber noch ein anderer wesentlicher Vortheil zu erreichen.

Nach §. 776 Entw. II verjähren Ansprüche „auf Ersatz des durch eine unerlaubte Handlung entstandenen Schadens" in drei Jahren a tempore scientiae und ohne Rücksicht hierauf in dreißig Jahren (Jahrb. V S. 256) [14]). Wenn diese Vorschrift Gesetzeskraft erlangt, wird es wohl in Theorie und Praxis nicht bezweifelt werden, daß auch jene oben erwähnten Fälle darunter gehören, in welchen in der That keine „unerlaubte Handlung" vorhanden ist, da sie eben in diesen Abschnitt eingestellt sind. Aber es giebt Fälle, in denen nach dem Entwurf eine Haftung ohne Schuld aus erlaubten Handlungen entsteht, und welche nicht in diesem 26. Titel, sondern an anderen Orten des Entwurfs behandelt und somit nicht formell und ad hoc als „unerlaubte Handlungen" qualifizirt sind. In welcher Frist verjähren nun die betreffenden Ansprüche auf Entschädigung: in dreißig Jahren

13) Man möchte versucht sein, schon um der stylistischen Symmetrie willen, auf die „ungerechtfertigte Bereicherung" (25. Titel) im 26. Titel die „widerrechtliche Beschädigung" folgen zu lassen. Allein Beschädigungen durch Thiere, Gebäudeeinsturz und Eisenbahnnnfälle sind nicht „widerrechtlich": wo eine Thätigkeit nach Recht nicht möglich ist, ist auch eine Thätigkeit wider Recht nicht möglich. L. 1 §. 3 D. si quadr. (9. 1): Pauperies est damnum sine injuria facientis datum: nec enim potest animal injuria fecisse, quod sensu caret.

14) Bähr Gegenentw. S. 168 in der Anmerkung zu §§. 719. 720 meint mit Unrecht, daß für eine solche kurze Verjährung kein praktisches Bedürfniß bestehe: in Oesterreich (§. 1489 a. b. G.B.) hat sich dieselbe sehr gut bewährt.

nach der Regel des §. 162 Entw. II[15]) oder nach drei Jahren nach der Vorschrift des Entw. II §. 776? Hierher gehören zunächst die Fälle des erlaubten Eingriffs in eine fremde Rechtssphäre, wie die Ansprüche auf Ersatz des durch den gesetzlich gestatteten Zutritt auf ein Grundstück (Entw. I §. 867 §. 907) sowie des durch die gesetzlich gestattete Wegnahme einer Einrichtung nach Rückstellung des Miethobjekts (Entw. II §. 491)[16]) entstandenen Schadens. Ferner die Ansprüche auf Entschädigung im Fall der Anfechtung einer Willenserklärung wegen wesentlichen Irrthums (Entw. II §§. 93 fg. §. 97)[17]) sowie im Fall eines Irrthums über Existenz oder Umfang einer Vollmacht (Entw. II §. 146 Abs. 2). Man wird wohl annehmen dürfen, daß in allen Fällen, wo eine Schadensklage ex lege entsteht, die dreijährige Verjährung stattzufinden hat. Es würde sich daher, wie ich glaube, empfehlen (unter der Voraussetzung, daß die Ueberschrift des 27. Titels in der früher angegebenen Weise geändert wird) in §. 776 die Worte „durch eine unerlaubte Handlung" zu streichen. Daraus, daß diese Vorschrift an der im Entwurf gewählten Stelle steht, würde von selbst folgen, daß dieselbe nur auf Schadens-

---

15) Vgl. zu dieser Vorschrift einerseits Bähr Gegenentw. S. 36 in der Anm. zu §. 155, andererseits Hölder im civil. Arch. LXXX S. 48. 49.

16) Daß diese Ersatzansprüche des Vermiethers nicht etwa binnen 6 Monaten verjähren (Entw. II §. 500), ist wohl außer Zweifel: verjähren sie nun in 3 oder in 30 Jahren? — In welcher Frist soll ferner in Zukunft der Anspruch auf Entschädigung im Fall einer Expropriation verjähren? — Für Ansprüche ex lege auf Ersatz des durch Betriebsunfälle auf Eisenbahnen entstandenen Schadens ist bekanntlich durch die singuläre Vorschrift des Reichshaftpflichtges. v. 7. Juni 1871 §. 8 eine Verjährungsfrist von 2 Jahren festgesetzt (vgl. dazu Dernburg preuß. Privatr. II 4 S. 399).

17) Die Klage ist in diesem Falle nicht die Contraktsklage, da ein Vertrag nicht zu Stande gekommen ist, sondern eine außercontraktliche. Vgl. Dernburg Pandekt. II³ §. 10 Note 10.

klagen, somit auf Ersatzklagen, welche auf einem selbständigen Fundament beruhen, zu beziehen ist und daß die Contraktsklagen, welche wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung einer Schuldverbindlichkeit auf Ersatz gehen, der regelmäßigen dreißigjährigen Verjährung unterliegen [18]). Vielleicht würde es sich aber der größeren Klarheit wegen empfehlen, in §. 776 ausdrücklich zu sagen: Ansprüche auf Entschädigung, welche aus einer unerlaubten Handlung oder aus dem Gesetz entspringen, verjähren in drei Jahren a tempore scientiae.

18) Der Fehler des österr. bürgerl. Gesetzb. besteht darin, daß es in dem 30. Hauptstück (Note 12) von dem Schaden handelt, derselbe „mag durch Uebertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein" (§. 1295), daher in dieses Hauptstück auch der Verzug des Schuldners (§§. 1333 fg.) und die Conventionalstrafe (§. 1336) gestellt ist. In Folge dieser conjunctio disjunctorum und der allgemeinen Ausdrucksweise in §. 1489, wonach „jede Entschädigungsklage" in drei Jahren a tempore scientiae verjährt, herrscht nun in Theorie und Praxis große Verwirrung und Meinungsverschiedenheit über die Tragweite jener Vorschrift. Vgl. die Literatur bei Stubenrauch II[5] S. 859 Note 2 und die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in der von Schey besorgten 13. Manz'schen Ausgabe des bürg. Gesetzb. ad §. 1489. Ich habe vorlängst (im System II S. 364 Note 14. S. 396 Note 31. S. 467 Note 47. S. 689) die Ansicht ausgesprochen, daß unter den „Entschädigungsklagen" des §. 1489 nur die Schadensklagen ex delicto und ex lege zu verstehen sind, nicht aber die Contraktsklagen wegen Vertragsverletzung (Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung eines Vertrags), da diese letzteren Klagen nicht auf Schadensersatz im eigentlichen Sinne, sondern vielmehr auf ein Aequivalent und Ersatzmittel der Erfüllung, auf das sog. Erfüllungsinteresse (gewissermaßen auf ein dare in solutum) gehen und daher nicht als Entschädigungsklagen, sondern als modifizirte Erfüllungsklagen anzusehen sind. Vgl. jetzt insbes. Degenkolb im civ. Arch. LXXVI S. 28 fg. 52 fg.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 2648



